



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA – UniCEUB

FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

JOÃO VICTOR IOSCA VIERO

CONSIDERAÇÕES SOBRE O ELEMENTO SUBJETIVO DAS INFRAÇÕES ADMINISTRATIVAS: A APLICAÇÃO DA CULPABILIDADE AOS ENQUADRAMENTOS DO REGIME JURÍDICO DISCIPLINAR DOS SERVIDORES PÚBLICOS DA UNIÃO.

Brasília/DF
2015

JOÃO VICTOR IOSCA VIERO

CONSIDERAÇÕES SOBRE O ELEMENTO SUBJETIVO DAS INFRAÇÕES ADMINISTRATIVAS: A APLICAÇÃO DA CULPABILIDADE AOS ENQUADRAMENTOS DO REGIME JURÍDICO DISCIPLINAR DOS SERVIDORES PÚBLICOS DA UNIÃO.

Monografia apresentada para conclusão do curso de bacharelado em Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do UniCeub.

Orientador: Professor Dr. Carlos Bastide Horbach.

Brasília/DF
2015

JOÃO VICTOR IOSCA VIERO

CONSIDERAÇÕES SOBRE O ELEMENTO SUBJETIVO DAS INFRAÇÕES ADMINISTRATIVAS: A APLICAÇÃO DA CULPABILIDADE AOS ENQUADRAMENTOS DO REGIME JURÍDICO DISCIPLINAR DOS SERVIDORES PÚBLICOS DA UNIÃO.

Monografia apresentada para conclusão do curso de bacharelado em Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do UniCeub.

Orientador: Professor Dr. Carlos Bastide Horbach.

Aprovado em ____/____/____.

Banca examinadora:

Prof. Orientador: Dr. Carlos Bastide Horbach

Professor Examinador: Dr. André Pires Gontijo

Professor Examinador: Dr. Jefferson Carús Guedes

VIERO, João Victor losca.

Considerações sobre o elemento subjetivo das infrações administrativas: a aplicação da culpabilidade aos enquadramentos do regime jurídico disciplinar dos servidores públicos da União / João Victor losca Viero – Brasília, 2015, 84 folhas.

Monografia apresentada à banca examinadora do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB – como requisito para obtenção de aprovação na disciplina Monografia III do curso de Bacharelado em Direito. Professor Dr. Carlos Bastide Horbach.

Introdução; Capítulo 1 – Da teoria geral da infração administrativa; Capítulo 2 – Das infrações disciplinares em espécie; Conclusão.

AGRADECIMENTOS

À Rafaela, minha esposa, pela compreensão e paciência com a privação de diversas horas do nosso convívio.

Aos meus pais, pela fé que sempre tiveram em mim.

RESUMO

A pesquisa tem natureza dogmática. Visa ao exame do princípio da culpabilidade no tocante aos enquadramentos administrativos do regime disciplinar positivado na Lei nº 8.112/90. Nesse sentido, cotejam-se as correntes doutrinárias conforme a identificação do requisito subjetivo necessário à configuração da infração. Com fulcro nos argumentos ventilados, analisam-se as espécies tipificadas nos artigos 116 a 117, 130, § 1º, e 132, do Estatuto do funcionalismo público. Oferece-se afinal o balanço da aplicabilidade das teorias, tendo em vista as transgressões funcionais do serviço público federal.

Palavras-chave: Direito administrativo. Lei nº 8.112/90. Regime disciplinar federal. Infrações administrativas. Elemento subjetivo: culpa, dolo, voluntariedade.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
CAPÍTULO 1 – Da teoria geral da infração administrativa.....	13
CAPÍTULO 2 – Das infrações disciplinares em espécie	33
2.1 – Da identificação do elemento subjetivo e do ônus da prova.....	33
2.2 – Das infrações disciplinares conforme o resultado	40
2.2.1 – Das infrações materiais	56
2.2.2 – Das infrações formais	61
2.2.3 – Das infrações de mera conduta.....	63
2.3 – Considerações finais.....	77
CONCLUSÃO	80
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	83

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem natureza dogmática. Visa à aplicação e discussão de teorias da literatura administrativista especializada, tendo em vista as infrações disciplinares positivadas na Lei federal nº 8.112/90. O trabalho estrutura-se a partir da apresentação do tema em que se discorrerá sobre a relevância do assunto, delimitação do problema e síntese dos capítulos seguintes.

Na graduação, as disciplinas de direito administrativo reservam escasso tempo para o entendimento apropriado das lições de direito punitivo disciplinar. Isso não se coaduna com a importância que o assunto granjeou ao longo dos anos em virtude de constantes demandas carreadas à apreciação do Poder Judiciário com o fim de invalidar penas aplicadas pela Administração Pública aos servidores. Diante da promulgação da Lei Complementar nº 135/2010 (Lei da Ficha Limpa), os efeitos do resultado das ações disciplinares repercutem doravante também no campo político. A aludida norma inseriu na Lei Complementar nº 64/90 uma série de hipóteses de inelegibilidade, das quais cumpre reproduzir a seguinte:

“Art. 1º São inelegíveis:

I – para qualquer cargo:

[...]

o) os que forem demitidos do serviço público em decorrência de processo administrativo ou judicial, pelo prazo de 8 (oito) anos, contados da decisão, salvo se o ato houver sido suspenso ou anulado pelo Poder Judiciário;”.

O objetivo deste trabalho de pesquisa é discutir a aplicação das correntes teóricas administrativistas às infrações disciplinares previstas no Estatuto dos Servidores Públicos da União no tocante ao elemento subjetivo dos enquadramentos legais. O artigo 124 da Lei nº 8.112/90 dispõe que “A responsabilidade civil administrativa resulta de ato omissivo ou comissivo praticado no desempenho do cargo ou função”, não mencionando o elemento doloso ou culposos da conduta, o qual está explícito, em contrapartida, na definição do caput do artigo 122 do diploma, que cuida da responsabilidade civil indenizatória do servidor em razão de dano ao Poder Público ou a

particulares: “A responsabilidade civil decorre de ato omissivo ou comissivo, doloso ou culposo, que resulte em prejuízo ao erário ou a terceiros”.

Decorridos mais de vinte anos desde o início da vigência da lei estatutária federal, o debate permanece acirrado sobre o direito material disciplinar. A princípio, convém discorrer sobre cada posicionamento acerca do tema. Existem pelo menos três teorias que discutem a suficiência da voluntariedade na configuração das infrações administrativas. Os doutrinadores se digladiam sobre a interpretação do dispositivo atinente à configuração da responsabilidade administrativa. De um lado, entende-se que o elemento subjetivo para a concretização de infrações disciplinares é a simples voluntariedade do agente. De outro, pugna-se pela indispensabilidade da culpabilidade do infrator, seja por dolo, seja por culpa em sentido estrito. Há também aqueles que trazem a voluntariedade como requisito mínimo, mas admitem a culpa em sentido amplo, contanto que a lei a preveja para caracterizar a transgressão.

As correntes ambicionam promover um entendimento aplicável a todos os ramos do direito administrativo. A monografia restringirá o escopo das teorias. Cabe aqui o registro da opção pela análise da adequação das teses aos tipos que a Lei nº 8.112/90 prevê nos artigos 116 a 119, 130, § 1º, e 132. Afasta-se, portanto, o debate sobre ilícitos tributários, ambientais, de trânsito, entre outros. Eventual referência que se faça a qualquer campo do direito administrativo diverso do disciplinar poderá ocorrer apenas em razão de conexão do tratamento de alguma questão basilar por ambos os ramos. Assume-se, contudo, a remissão entre normas, pois que os incisos I (crimes contra a Administração Pública), IV (improbidade administrativa) e XI (corrupção) do artigo 132 do Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União se referem a condutas tipificadas também no Decreto-Lei nº 2.848/40 (Código Penal) e na Lei nº 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa), o que reclama diálogo entre as fontes normativas.

A monografia tem o intuito de recuperar a discussão. Nesse sentido, deseja-se inserir a controvérsia teórica no campo das infrações disciplinares que constam da Lei nº 8.112/90. O assunto não é bizantino, visto que o órgão central do sistema de correição do Poder Executivo Federal – Controladoria-Geral da União –, na forma do artigo 2º, inciso I, do Decreto nº 5.480/2005, não prescinde de divulgar posicio-

namento em vista do debate mediante manual de treinamento para cursos oficiais de capacitação, acolhendo a tese da culpabilidade da responsabilidade administrativa.

“Conforme já dito em linhas acima, na sede administrativa, em que pese ao dolo e à culpa não integrarem expressamente os enquadramentos, não estando neles definidos nos moldes da lei penal, deles não se pode prescindir para se cogitar de enquadramento na Lei nº 8.112, de 11/12/90, e, por conseguinte, de responsabilização administrativa. Ainda que a lei estatutária, por sua própria natureza abrangente *interna corporis*, necessite abarcar em seu regime disciplinar diversas condutas de pequena gravidade e de menor poder ofensivo, nem mesmo para tais condutas se afasta da regra básica de que a responsabilidade administrativa requer a comprovação de ato cometido no exercício do cargo, ou pelo menos a ele associado, com dolo ou, no mínimo, com culpa (em suas formas de imprudência, imperícia ou negligência).”¹

Considerando que a Constituição Federal de 1988 qualifica o Estado brasileiro de democrático de Direito, conforme o caput de seu artigo 1º, não é despiciendo revisitar os temas que envolvem o exercício do direito punitivo, quer por meio da modalidade mais agressiva (penal), quer da mais branda (disciplinar), pois, no atinente ao direito material, o respeito às regras definidoras das infrações decorre de exigência do devido processo legal substantivo, sobre o qual, no escólio de Fábio Medina Osório², importa ter em mente que:

“[...] por mais grave que seja uma suposta infração, não se poderá, sob o pretexto de combater a sua gravidade, atropelar fórmulas básicas e fundamentais do devido processo legal constitucional. Se a praxe administrativa for a de sobrepor-se a direitos fundamentais para combater ilícitos graves, chegar-se-ia rapidamente ao retrocesso do Estado de Polícia, ou, ainda pior, das deformações dos Estados ditatoriais, em que aos acusados ou investigados se reservavam mais ou menos direitos conforme a natureza dos ilícitos praticados, quando não, e tantas vezes, dos humores das autoridades processantes”.

O capítulo 1 trata da discussão doutrinária. Conforme se salientou acima, existem pelo menos três teorias que controvertem sobre o requisito subjetivo mínimo para configuração das infrações administrativas. Impende abordá-las para situar o leitor no contexto teórico do qual se extrairão as ilações ao fim da monografia.

¹ BRASIL. Presidência da República. Controladoria-Geral da União. Manual para treinamento em processo administrativo disciplinar (PAD) – formação de membros de comissões. Julho, 2011, p. 401.

² OSÓRIO, Fábio Medina. Direito Administrativo Sancionador. São Paulo: Revista dos Tribunais, 3ª edição, 2009, pp. 9-10.

O capítulo 2 versa sobre os ilícitos previstos nos artigos 116 a 119, 130, § 1º, e 132 da Lei nº 8.112/90. Com auxílio dos trabalhos hermenêuticos da doutrina e de precedentes judiciais, pretende-se confrontar as abordagens teóricas com o conteúdo dos enquadramentos para verificar a adequação da simples voluntariedade, da culpa em sentido estrito e do dolo à natureza das infrações em abstrato. Nesse sentido, considerando que alguns autores enxergam a correspondência do requisito volitivo com o conteúdo da infração administrativa, opta-se discriminar os enquadramentos do Estatuto segundo a natureza da ilicitude: infração material (de resultado), formal e de mera conduta.

Em seguida, cada grupo de infrações merece considerações próprias acerca da adequação das teses aventadas na doutrina. Trata-se do núcleo do trabalho. É necessário verificar a aplicabilidade das correntes aos tipos positivados no diploma disciplinar dos servidores federais. Deseja-se esclarecer certas perguntas como: existem infrações de mera voluntariedade na relação de enquadramentos da Lei nº 8.112/90? Em caso afirmativo, qual espécie de infração se constitui com atos voluntários simples? Que consequências, em matéria de ônus probatório, a apuração das infrações de mera voluntariedade traz para os sujeitos da controvérsia disciplinar (Estado e servidor público)? Nessa linha, deve haver a interpretação dos tipos descritos na lei estatutária em cotejo com os princípios informativos do direito punitivo, mormente o da dignidade da pessoa humana, a fim de apreender o alcance das regras de direito material disciplinar.

Cumprе advertir que as questões da finalidade e da aplicação da pena serão relegadas a um segundo plano. Não se deseja asseverar que o assunto não tem a mesma relevância do tema central da monografia. Decide-se assim com o propósito didático, pois previne a perda do foco. Incidentalmente o assunto virá a lume, seja porque a discussão sobre a infração e sanção se estriba em essência na garantia à segurança jurídica e ao devido processo legal, seja porque nela subjaz a proteção à dignidade da pessoa humana.

Por fim, a conclusão encerra a monografia, aduzindo as questões principais da controvérsia doutrinária e as ilações decorrentes da aplicação aos ilícitos positivados na lei estatutária. Cumprе reiterar que as inferências não têm o condão de

comprometer a validade das teorias, porquanto o estudo se concentra em pequena parcela do microssistema do direito administrativo sancionador. É importante fixar que o escopo da análise recai apenas sobre os ilícitos previstos na Lei nº 8.112/90. Existem outras infrações disciplinares aplicáveis a servidores públicos federais em legislação especial, por exemplo: o artigo 32 da Lei nº 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação) e o Capítulo VII da Lei nº 4.878/65 (regime jurídico peculiar dos policiais civis da União e do Distrito Federal).

Posto isso, as teses podem ser perfeitamente aplicáveis a casos regulamentados em legislação diferente da que se tem por objeto deste trabalho de conclusão do curso de Direito. As abordagens, em virtude da amplitude que abrangem, podem ser operacionais em situações diversas do escopo desta pesquisa: a aplicação da culpabilidade aos enquadramentos administrativos do regime jurídico disciplinar dos servidores públicos da União no âmbito da Lei nº 8.112/90.

CAPÍTULO 1 – Da teoria geral da infração administrativa

Em ensaio lapidar, Marco Aurélio Souza da Silva procede a um apanhado a respeito das tentativas acadêmicas de modular uma teoria geral da responsabilidade administrativa. Conclui ele que “[...] não há uma teoria consolidada para servir de suporte dogmático aos operadores jurídicos, apesar dos esforços de vários autores e da jurisprudência”³. Em sua opinião, os doutrinadores extraem elementos tanto do direito civil quanto do direito penal, alternativa ou cumulativamente, para elaboração dos pressupostos da infração administrativa, o que fomenta a carência de uniformidade de tratamento das condutas juridicamente relevantes para a disciplina e de suas consequências para o Direito, cujos reflexos se sentem nas decisões díspares proferidas em causas deduzidas em juízo pelos litigantes ou em sede dos tribunais de contas.

Leciona que a utilização de conceitos do direito penal e civil engendra embaraços teóricos e práticos quando transferidos para a seara administrativa. As noções de dolo, culpabilidade e voluntariedade são despojadas da análise estratificada da infração de que são integrantes. Alega-se que os autores empregam o conceito, por exemplo, de culpabilidade, ora com o significado amplo (abrangente do dolo e da culpa estrita), que compõe o estrato da tipicidade da conduta, ora com o sentido de censura do comportamento, que se relaciona com o estrato da reprovabilidade da ação ou omissão administrativa. Além disso, as definições de dolo ou culpa não são coincidentes na íntegra quando se coteja a literatura especializada civilista com a criminalista.

A título de ilustração, no direito civil, a caracterização do dolo pode requerer a consciência da ilicitude da conduta a par da intenção de realizar o comportamento ideado. Nesse sentido, caminha o magistério de Sérgio Cavalieri Filho e Maria Helena Diniz, ensinando aquele:

“[...] pode-se dizer que há no dolo conduta **intencional**, dirigida a um resultado ilícito. Dolo, portanto, é a vontade conscientemente dirigida à produção de um resultado ilícito. É a infração consciente do dever preexistente, ou o propósito de causar dano a outrem [...]. O agente

³ SILVA, Marco Aurélio Souza da *et al.* A estratificação da infração administrativa – Uma teoria geral ainda em construção na doutrina e na jurisprudência. Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, ano 14, n. 160, p. 33, jun. 2014.

que age dolosamente sabe também ser ilícito o resultado que intenciona alcançar com sua conduta. Está consciente de que age de forma contrária ao dever jurídico, embora lhe seja possível agir de forma diferente”⁴ (negrito original).

Em contrapartida, os penalistas explicam a concepção do dolo distintamente, a quem consiste na “[...] consciência e [n] a vontade de realizar a conduta descrita no tipo penal”. Logo, “[...] a consciência do dolo abrange somente a representação dos elementos integradores do tipo penal, ficando de fora dela a consciência da ilicitude, que hoje está deslocada para a culpabilidade”⁵.

No concernente à matéria deste trabalho, convenientes são as considerações de Silva acerca do elemento subjetivo das infrações administrativas:

“O dolo e a culpa, como elementos da conduta humana, são também importantes na caracterização da infração administrativa, notadamente como pressupostos da responsabilidade subjetiva. Por estarem intimamente ligados à responsabilidade, predomina a ideia de que se não houver conduta dolosa ou culposa não haverá, em regra, responsabilidade perante os Tribunais de Contas. Ambos os elementos fazem parte da conduta humana e, portanto, também podem ser realizadas por meio de ação ou omissão. [...] Questão importante é a ideia de voluntariedade. Alguns estudiosos afirmam que voluntariedade não se confunde com dolo ou culpa nem se resume à responsabilidade objetiva. Fala-se em conduta voluntária e consciente, mas independente de dolo ou culpa, percebendo-se que o pressuposto ou elemento voluntariedade é extraído da responsabilidade civil pelos administrativistas. O problema aqui é a confusão causada pela ‘mistura’ de pressupostos do direito civil com do direito penal, onde neste o dolo é a regra, ao contrário daquele. Daí a complexidade de conceber ‘vontade’ e ‘consciência’ tanto na voluntariedade quanto no dolo. Aliás, especificamente quanto ao dolo no direito civil e no direito penal, é possível observar uma divergência significativa nos entendimentos entre consciência da ilicitude e consciência de realizar a conduta”⁶ (sublinhei).

Heraldo Garcia Vitta⁷ conceitua o ilícito administrativo como um ato contrário ao comando de uma norma a que se vincula um sujeito. A sanção que decorre da transgressão deve ser aplicada pela autoridade a quem o ordenamento jurídico atribui a correspondente competência. Não existe para ele distinção ontológica entre os

⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2012, pp. 32-33.

⁵ BITTENCOURT, César Roberto. Tratado de Direito Penal. São Paulo: Editora Saraiva, 2003, v. 1 – Parte Geral, p. 210.

⁶ SILVA, op. cit., p. 49.

⁷ VITTA, Heroldo Garcia. A Sanção no Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, pp. 35-59.

ilícitos penais, civis ou administrativos. As infrações se apartam umas das outras com base num critério formal, isto é, na indicação da autoridade e do órgão públicos competentes para processá-las e reprimi-las. A aplicação da sanção partilha, pois, fundamentos comuns que conformam os métodos de apuração de condutas irregulares e de censura das faltas.

As espécies de ilícitos administrativos correspondem à matéria relativa à autoridade com competência para reprimi-las na medida em que o ordenamento lhe confere o poder-dever para dirimir as controvérsias de direito material que lhe tocam. Independente do ramo – disciplinar, tributário, urbanístico –, o regime jurídico básico é idêntico. Trata-se de direito administrativo com normas especiais ao campo a que se aplica. No tocante à responsabilidade, defende o professor que o requisito de atuação com culpa em sentido amplo mantém-se, contanto que a infração administrativa origine-se de ato de pessoa física.

O exercício do poder punitivo estatal orienta-se pelo princípio do devido processo legal, quer deduzido em juízo, quer impulsionado em sede administrativa, por força do inciso LIV do artigo 5º da Constituição Federal. Na dimensão substantiva, o devido processo legal implica a obediência à legalidade administrativa da atuação do Estado. O Poder Público só age diante de comando ou autorização de norma jurídica. Na persecução de ilícitos disciplinares, o raciocínio segue incólume, visto que se exige a previsão legal de condutas reputadas antijurídicas para conferir justa causa à movimentação do aparelho no sentido de agredir a esfera jurídica de servidores acusados.

“O devido processo legal se manifesta em todos os campos do direito, em seu aspecto substancial. No direito administrativo, por exemplo, o princípio da legalidade nada mais é do que manifestação da cláusula *substantive due process*. Os administrativistas identificam o fenômeno do *due process*, muito embora sob outra roupagem, ora denominando-o de garantia da legalidade e dos administrados, ora vendo nele o postulado da legalidade. Já se identificou a garantia dos cidadãos contra os abusos do poder governamental, notadamente pelo exercício do poder de polícia, como sendo manifestação do devido processo legal⁸”.

⁸ NERY JÚNIOR, Nelson. Princípios do Processo na Constituição Federal. São Paulo: Revista dos Tribunais Editora, 2010, p. 84.

É indispensável, pois, a delimitação clara dos elementos que consubstanciam os comportamentos suscetíveis de atrair sanções estatais. Entre os componentes dos atos infracionais, o aspecto subjetivo do agente é essencial. Não cabe deixar ao talante do acusador a prerrogativa de definir *ad hoc* o requisito que integra a conduta da qual se extraem as consequências que o ordenamento determina.

Filiados à doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello, que apresenta a voluntariedade como possibilidade de prévia ciência e eleição de comportamento que ilide a incidência da infração no caso concreto, autores de teorias voluntaristas, tais como Daniel Ferreira⁹, José dos Santos Carvalho Filho¹⁰ e José Armando da Costa¹¹, perfilham o entendimento de que ela constitui o único elemento subjetivo necessário à configuração das infrações administrativas. Outros, no escólio das lições de Heraldo Garcia Vitta¹², como Fábio Medina Osório¹³, Régis Fernandes de Oliveira¹⁴ e Marçal Justen Filho¹⁵, investem na tese de que a demonstração de culpa do agente é um imperativo da tipicidade das transgressões.

Celso Antônio Bandeira de Mello introduz a tese segundo a qual vige o princípio da voluntariedade da conduta no âmbito do direito administrativo sancionador. O doutrinador assume a divergência doutrinária sobre o assunto da exigibilidade do elemento subjetivo do agente para caracterização das infrações administrativas. Enquanto parte da literatura especializada pugna pela indispensabilidade da culpa em sentido amplo, outra parcela, que ele encabeça, argui que basta a espontaneidade da conduta.

⁹ FERREIRA, Daniel. Teoria Geral da Infração Administrativa a partir da Constituição Federal de 1988. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.

¹⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 24^a edição, 2011.

¹¹ COSTA, José Armando da. Direito Administrativo Disciplinar. São Paulo: Editora Método, 2^a edição, 2009.

¹² VITTA, Heraldo Garcia. A Sanção no Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

¹³ OSÓRIO, Fábio Medina. Direito Administrativo Sancionador. São Paulo: Revista dos Tribunais, 3^a edição, 2009.

¹⁴ OLIVEIRA, Régis Fernandes de. Infrações e Sanções Administrativas. São Paulo: Revista dos Tribunais Editora, 2005.

¹⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. São Paulo: Dialética Editora, 14^a edição, 2010.

Bandeira de Mello conceitua a voluntariedade como possibilidade de prévia ciência e eleição de comportamento capaz de ilidir a incidência da infração no caso concreto. Já mencionado, a definição serve de amparo para as teorias voluntaristas de Daniel Ferreira e José Armando da Costa, entre outros doutrinadores.

“[...] Princípio da exigência de voluntariedade para incursão na infração – O Direito propõe-se a oferecer às pessoas uma garantia de segurança, assentada na previsibilidade de que certas condutas podem ou devem ser praticadas e suscitam dados efeitos, ao passo que outras não podem sê-lo, acarretando consequências diversas, gravosas para quem nelas incorrer. Donde, é de meridiana evidência que descaberia qualificar alguém como incurso em infração quando inexistia a possibilidade de prévia ciência e prévia eleição, in concreto, do comportamento que o livraria da incidência na infração e, pois, na sujeição às sanções para tal caso previstas. Note-se que aqui não se está a falar de culpa ou dolo, mas de coisa diversa: meramente do animus de praticar dada conduta.”¹⁶

A tese importa na medida em que delineia uma condição necessária à configuração dos ilícitos administrativos. A utilidade reside, sobretudo, na delimitação do ônus probatório imposto à Administração no exercício da atividade persecutória, pois lhe compete provar o fato que respalda a acusação, inclusive o elemento subjetivo da conduta, em virtude de aplicação do princípio da presunção de inocência extraído do inciso LVII do artigo 5º da Constituição Federal.

Apesar da referência gramatical desse dispositivo constitucional tão somente à sentença penal condenatória, o que evidencia a irradiação sobre os processos judiciais de natureza penal, Bandeira de Mello defende, ao lado de Heraldo Garcia Vitta, a tese de que inexistente diferença ontológica entre as sanções penais e administrativas. Tendo em vista que o critério que as aparta é apenas formal, porquanto se estriba na competência da autoridade indicada à respectiva cominação da reprimenda, alguns princípios idealizados na seara penal são aproveitados na solução de controvérsias administrativas em que se sobressai o exercício do poder punitivo, como é o caso do inciso LVII do artigo 5º da lei maior. Eis exemplos de julgados sustentando o posicionamento.

¹⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Editora Malheiros, 2013, p. 871.

“DIREITO ADMINISTRATIVO. ATIVIDADE SANCIONATÓRIA OU DISCIPLINAR DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DO PROCESSO PENAL COMUM. ARTS. 615, § 1º, E 664, PARÁG. ÚNICO DO CPP. NULIDADE DE DECISÃO PUNITIVA EM RAZÃO DE VOTO DÚPLICE DE COMPONENTE DE COLEGIADO. RECURSO PROVIDO. 1. Consoante precisas lições de eminentes doutrinadores e processualistas modernos, à atividade sancionatória ou disciplinar da Administração Pública se aplicam os princípios, garantias e normas que regem o Processo Penal comum, em respeito aos valores de proteção e defesa das liberdades individuais e da dignidade da pessoa humana, que se plasmaram no campo daquela disciplina. [...] 3. Os regimentos internos dos órgãos administrativos colegiados sancionadores, qual o Conselho da Polícia Civil do Paraná, devem obediência aos postulados do Processo Penal comum; [...]”. (STJ, RMS nº 24.559/PR, 5ª Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Julg. 03.12.2009, DJe, 1º fev. 2010)

“ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. DEMISSÃO. LEI Nº 1.711/52, ART. 195, IV. NÃO DEMONSTRADA A OBTENÇÃO DE VANTAGEM EM PROVEITO PRÓPRIO. AUSÊNCIA DE TIPICIDADE. I – O enquadramento em infração disciplinar, ainda que administrativa, obedece aos princípios penais, em especial ao da tipicidade. [...] IV – Ausente a presença da obtenção da vantagem pessoal é nula a demissão estribada no dispositivo em tela, por inexistir a infração aí capitulada. V - Apelação da servidora autora provida, reintegração deferida” (TRF1, AC nº 94.01.13990-3/DF, 2ª Turma, Rel. Des. Assusete Magalhães, Julg. 28.06.2002, Publ. 19.08.2002, DJ, p. 46).

Daniel Ferreira¹⁷ propõe um modelo de teoria geral da infração administrativa. Acerca do tema desta monografia, cumpre constar que ele assenta a voluntariedade como o elemento mínimo não objetivo (pré-subjetivo ou subjetivo em sentido amplo) da conduta suscetível de repreensão administrativa.

Para Daniel Ferreira, a simples voluntariedade é requisito suficiente quanto à volição do agente apenas para enquadramento de infrações de mera conduta. Com relação aos tipos que envolvem produção de resultado naturalístico, eles requerem também a presença de culpa ou dolo do responsável. Nesse sentido, avultam na sua obra exemplos de direito ambiental, tributário e trânsito para corroborar o entendimento de que a voluntariedade basta, a par do elemento objetivo da conduta, isto é, a violação concreta do bem jurídico, para subsunção do ato à hipótese delitiva.

¹⁷ FERREIRA, Daniel. Teoria Geral da Infração Administrativa a partir da Constituição Federal de 1988. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009, pp. 209-327.

Para facilitar a compreensão, convém recordar a classificação das espécies de delitos no atinente ao resultado da conduta. Segundo Greco¹⁸, a conceituação doutrinária dos tipos penais se divide em:

“[...] *crime material* é aquele cuja consumação depende da produção naturalística de determinado resultado, previsto expressamente pelo tipo penal, a exemplo do que ocorre com os arts. 121 e 163 do Código Penal. [...] há infrações penais que preveem um resultado naturalístico, mas não exigem sua ocorrência para efeitos de reconhecimento da consumação. São os chamados *crimes formais* [...]. O *crime de mera conduta* [...] não prevê qualquer produção naturalística de resultado no tipo penal. Narra, tão somente, o comportamento que se quer proibir ou impor, não fazendo menção ao resultado material, tampouco exigindo a sua produção, a exemplo do que ocorre com a violação de domicílio [...]” (itálicos originais).

Daniel Ferreira suscita os seguintes argumentos contrários à tese de indispensabilidade de culpa em sentido amplo nas infrações administrativas para a devida análise. Em primeiro lugar, tanto o direito penal, em sede de contravenções, quanto o direito civil albergam hipóteses de infrações que prescindem da culpabilidade para ocorrerem¹⁹. Em segundo, o ordenamento jurídico prevê a possibilidade de um sujeito de direito responder pelo cometimento de uma infração por outrem, como o pai que sofre certas consequências em razão da conduta de seu filho. Em terceiro, a personalização da sanção administrativa pode ser afastada, como na aplicação de multas em valor fixo, o que implica a objetivação da punição. Por fim, a exigência de evidenciar a culpa do infrator revela-se impraticável para muitos casos do Código de Trânsito Brasileiro e Código Tributário Nacional, visto que a presunção de inocência do acusado demandaria a instauração de processos administrativos punitivos específicos para cada controvérsia, o que ele reputa inviável numa sociedade de riscos.

Ferreira leciona que a culpa e o dolo são modalidades especiais da voluntariedade. Na primeira, o móvel da ação provém do desrespeito a deveres gerais de cuidado por imprudência, negligência ou imperícia. Na segunda, manifesta-se a in-

¹⁸ GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal – Parte Especial. Vol. II. Niterói: Editora Impetus, 2011, p. 90.

¹⁹ Nesse sentido, Ferreira reproduz em nota de rodapé o artigo 3º da Lei de Contravenções Penais (Decreto-Lei nº 3.688/41): “Art. 3º. Para a existência da contravenção, basta a ação ou omissão voluntária. Deve-se, todavia, ter em conta o dolo ou a culpa, se a lei faz depender, de um ou de outra, qualquer efeito jurídico” (sublinhei).

tenção de praticar o ato indesejado normativamente. Em matéria de ônus probatório, a Administração deve comprová-los, quando a lei os exige para capitular o tipo.

“Apenas com a adoção da voluntariedade como elemento mínimo não-objetivo tipificante é que se pode legitimar a aceitação (no Brasil) de infrações de mera conduta, porque – se acatada a tese de que não há infração administrativa sem lesão ou perigo a bem jurídico – da mesma feita são inconstitucionais as sanções fixas, igualmente aplicadas para todos os sujeitos infratores. [...] Conduta culposa pressupõe voluntariedade inaugural (para existir um ‘querer ativo’) e especializada (no direcionamento da conduta por conta da negligência – ou seja, a falta de dever de cuidado). [...] o comportamento doloso pode ser entendido a partir dos mesmos elementos, apenas que a voluntariedade (dantes inaugural) passa da conseguinte (especializada = culpa) até atingir a especializadíssima, porquanto o ‘querer ativo’ dirige-se deliberadamente ao fim reprovável, e não mais por simples descuido.”²⁰

Nos enquadramentos em que se requer a mera voluntariedade, impende a demonstração apenas da existência do querer ativo. Noutras palavras, a acusação precisa comprovar que o indigitado não incidiu em nenhum de estado de inconsciência ou ausência de elemento anímico para caracterização da conduta ilícita. Na definição de Ferreira²¹, eis que:

“‘Voluntariedade’ é um termo que, nesta obra, exige nova definição, porque passa a se equiparar à vontade. [...] A ele já se referiu, com base em Celso Antônio Bandeira de Mello, como a possibilidade de prévia ciência e prévia eleição, *in concreto*, de um comportamento, tendo por parâmetro as consequências de tanto advindas. Seria, então e melhor dizendo, ‘meramente o *animus* de praticar dada conduta’. [...] Mostra-se melhor, para a construção da Teoria Geral da Infração, assumi-lo como expressão de vontade, de um ‘querer algo’ e ‘ativo’, que não se confunde com o desejo porque este pode nunca vir a se manifestar. [...] é melhor empregar a palavra no mesmo sentido já proposto por Eduardo Rocha Dias, igualando a atuação querida com voluntariedade.”

Nesse diapasão, acompanha José Armando da Costa²²:

“Em regra, como já ficou dito linhas atrás, as faltas disciplinares se estribam na simples voluntariedade do servidor. Já em casos raros chegam a exigir culpa ou dolo [...].”

Mais extremo, propugna Antônio Carlos de Alencar Filho²³, que diz:

²⁰ FERREIRA, op. cit., pp. 274, 276 e 277.

²¹ Ibidem, pp. 275-276.

²² COSTA, José Armando da. Direito Administrativo Disciplinar. São Paulo: Editora Método, 2ª edição, 2009, p. 197.

“No caso das infrações disciplinares, não é necessário perquirir em torno da existência de dolo ou culpa do agente público, bastando que a conduta tenha *voluntariedade*, isto é, a *consciência do desrespeito ao padrão de conduta funcional exigido dos servidores públicos*.” (itálicos originais).

A análise da culpabilidade do infrator implica também indiretamente o exame da pena. Por isso, os doutrinadores tendem a tratar das infrações e sanções administrativas em conjunto. De certo modo, para compreender a decisão a respeito da imposição das reprimendas, é forçoso revolver a finalidade do ato sancionador.

Para os adeptos da culpabilidade da infração, a culpa em sentido lato legitima e racionaliza a aplicação da sanção administrativa. Por isso, a configuração da infração requer a presença do elemento subjetivo da conduta na modalidade culposa ou dolosa. Caso contrário, compromete-se a finalidade do poder punitivo e desprestigia-se a Administração Pública.

Para os voluntaristas, a finalidade consiste em desestimular a prática de condutas administrativamente reprováveis ou constranger ao cumprimento das obrigações, não se relacionando com o intuito de castigar alguém, porque agiu mal. Considerando a nocividade social de certos comportamentos, cominam-se as reprimendas com o objetivo de que eles desapareçam para o regular funcionamento da Administração Pública.

Heraldo Garcia Vitta²⁴ entende que a exigibilidade da culpabilidade do infrator decorre do princípio da dignidade da pessoa humana emanado do inciso III do artigo 1º da Constituição Federal. O ser humano, enquanto fim em si mesmo, não se deve submeter a reprimendas que não lhe possibilitem aprimoramento individual. Noutras palavras, a penalidade serve de instrumento para corrigir um comportamento, o que, caso bem-sucedido, enaltece em tese o caráter do transgressor.

Contrapondo-se à tese voluntarista, Vitta aduz a importante discussão sobre o elemento subjetivo da infração administrativa no tocante à dimensão sancionatória. Afinal, o objetivo da pena consiste no ajustamento da conduta dos sujeitos aos pa-

²³ ALENCAR FILHO, Antônio Carlos de. Manual de Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância. Belo Horizonte: Fórum Editora, 2011, p. 118.

²⁴ VITTA, Heraldo Garcia. A Sanção no Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, pp. 35-59.

drões do ordenamento jurídico. Para isso, é imprescindível levar em consideração a índole do comportamento humano.

A conduta relevante do ponto de vista administrativo requer a presença de voluntariedade, que precede à culpa em sentido amplo, porque permite a valoração da ação no sentido de reprovável ou elogiável. Nesse diapasão, a liberdade de escolha e o entendimento sobre a natureza do ato são o fundamento axiológico da pena, mas não bastam. A tentativa de adequação do comportamento a um padrão prévio funda-se na ideia de influenciar a hierarquia de valores do sujeito suscetível à sanção, quer modificando-a, quer estimulando-a, de acordo com a inclinação do agente e a natureza – comissiva ou omissiva – do ato infracional.

A culpa em sentido amplo configura, pois, o requisito volitivo que sofre o influxo da ameaça de censura. A sanção precisa atuar especificamente na potencial intenção, negligência, imprudência ou imperícia do agente, a qual impulsiona o cometimento da transgressão, para que suceda modificação de comportamento. Dessa forma, a pena justifica-se, senão se avilta e se resume à expiação.

Nesse sentido, o magistério de Fábio Medina Osório²⁵ ensina que a culpabilidade administrativa vale-se de contribuições do direito penal para compreensão do ilícito administrativo em geral. Cita ele a relação entre pena e intimidação e a possibilidade do agente de evitar a infração. A culpabilidade dá justificativa à aplicação e extensão do castigo, porquanto se trata de um juízo sobre a culpa do infrator, o que implica a negação da responsabilização objetiva, visto que é requisito da pena o exame do elemento subjetivo do agente.

“[...] A pena busca intimidar. O efeito intimidatório da pena, por seu turno, passa pela ideia de evitabilidade do fato. Essa evitabilidade residiria no interior do ser humano, em sua capacidade de prever os acontecimentos, de não querer ou de querer esses acontecimentos, e, portanto, de evitá-los, de provocá-los em determinadas circunstâncias, de manipulá-los. [...] Se uma infração disciplinar é, *in concreto*, inevitável, qual o fundamento para a suposta atividade corretiva do Estado? Corrigir o quê? Se a ação ilícita era, por qualquer motivo, inevitável, como punir o infrator, se a ideia é reeducar no âmbito das sanções disciplinares? Se este raciocínio é aplicável até mesmo ao campo disciplinar, o mais rígido de todos, onde o Estado mantém

²⁵ OSÓRIO, op. cit., pp. 352-354.

vínculos de relação especial de sujeição com o infrator, o que se dirá de outros domínios?”

Ainda na esteira de Garcia Vitta²⁶, afigura-se indispensável que o transgressor tenha completa consciência do ato que comete e liberdade de opção acerca da sua prática sem as quais não há voluntariedade na ação. Para caracterizar a ilicitude da conduta, requer-se também que o sujeito atue com dolo ou culpa, porquanto eles fundamentam a sua censura e justificam a sanção correspondente.

A voluntariedade consiste na capacidade de discernimento que habilita o agente a valorar o próprio comportamento. Para isso, ele necessita de consciência sobre o ato que pratica e liberdade de escolher não o realizar. Inexistente qualquer voluntariedade, não subsiste sequer a imputabilidade.

Na linha dos doutrinadores que adotam a tese da culpabilidade, Régis Fernandes de Oliveira apresenta os óbices à responsabilização administrativa apenas pela voluntariedade do infrator. Ele considera que existe, na verdade, dualidade de teses acerca da responsabilidade administrativa: o transgressor responde por seus atos somente subjetiva ou objetivamente.

Na opinião do doutrinador, o ordenamento jurídico não se compadece com a responsabilidade objetiva do agente por força, sobretudo, do artigo 5º, LV e LVII, da Constituição Federal, e dos artigos 1º e 2º, I, da Lei nº 9.784/99. Alega que os princípios da ampla defesa, do contraditório e da presunção de inocência do acusado não subsistem num modelo de responsabilização objetiva, porque ele compromete o direito do infrator de influir efetivamente no resultado do processo administrativo. Por isso, entende ele que a culpa em sentido amplo é imprescindível para caracterização das infrações administrativas. A propósito, acrescenta ele que a responsabilização objetiva, que deve ter previsão legal, dada a sua excepcionalidade, colima proteger o particular, a sociedade, o cidadão, não o Estado. Arremata logo: “O argumento de que o Estado representa o interesse geral torna-se absolutamente vazio quando é utilizado para afastar direitos e garantias fundamentais”²⁷.

²⁶ VITTA, op. cit., pp. 35-59

²⁷ OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Infrações e Sanções Administrativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais Editora, 2005, p. 26.

A exigência do elemento subjetivo específico (dolo ou culpa em sentido estrito) deriva do conteúdo do texto da norma que determina o dever de comportamento, quer positivo, quer negativo, diante de alguma hipótese fática. É assente que se deduz da interpretação da regra proibitiva ou mandamental o elemento subjetivo adequado à configuração da transgressão normativa.

“[...] Se o comportamento determinado é proibido mas, mesmo assim, a pessoa que se encontra na situação fática correspondente ao núcleo do verbo pratica a ação proibida, parece não haver dúvida de que o seu comportamento positivo quase sempre é doloso, afrontando a norma que não pode desconhecer, salvo por erro.”²⁸

Por meio de precedentes judiciais, Régis Fernandes de Oliveira demonstra a predominância do entendimento pretoriano de que cabe à Administração o ônus de comprovar o elemento subjetivo do suposto infrator de acordo com o caso concreto para justificar a imposição da correspondente sanção administrativa. Quer o ato comissivo, quer o ato omissivo, a tipicidade da transgressão se completa apenas com a identificação do móvel que consta da previsão da regra de conduta violada.

“O Superior Tribunal de Justiça, na voz do Min. Humberto Gomes de Barros, já decidiu que ‘a pena de perdimento – até por ser pena – não pode abstrair o elemento subjetivo. Do contrário, o princípio da boa-fé se reduz a lamentável tábula rasa’” (STJ, REsp 102146-DF, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 14.04.1997, p. 12691).

“O TRF da 3ª Região assentou, também, que, ‘não obstante o art. 136 do CTN dispor que a infração fiscal é formal, este deve ser interpretado em harmonia com os arts. 112, III, e 137, II, do mesmo Código, de onde se conclui que este diploma não alberga a responsabilidade objetiva’” (TRF 3ª Região, AC 91030028453-SP, rel. Juíza Eva Regina, DJ 08.10.1997, p. 83135)²⁹.

Igualmente, Fabio Medina Osório se posiciona em prol da aplicação da culpabilidade na configuração dos tipos administrativos. Ensina que os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da presunção de inocência, da pessoalidade e individualização da pena, do devido processo legal formal e substancial, entre outros, obstem a qualquer modalidade de responsabilização senão a fundada na demonstração de culpa em sentido amplo do agente público.

²⁸ Ibidem, p. 28.

²⁹ Ibidem, pp. 27-28.

“[...] é certo que, ao consagrar a responsabilidade subjetiva – que é menos do que a culpabilidade, em termos de exigências, mas é mais ampla em termos de funcionalidades – para mero ressarcimento ao erário ou busca de responsabilidades patrimoniais decorrentes de ações ou omissões lesivas ao público, não se pode deixar de reconhecer, obrigatoriamente, a culpabilidade para o campo do Direito Punitivo, porquanto neste não poderia vicejar responsabilidade objetiva, nem a mera responsabilidade subjetiva desprovida dos rigores adicionais da culpabilidade. [...] Ao consagrar necessária responsabilidade subjetiva para o Direito das responsabilidades derivadas de ações ou omissões de agentes públicos, o constituinte sinaliza tendência à responsabilidade por culpabilidade no Direito Sancionador.”³⁰

A culpabilidade consiste em pressuposto de finalidade da pena e decorre da autodeterminação do agente. Uma vez que se assume a possibilidade de escolha do potencial infrator, cabe-lhe decidir qual conduta deve adotar. A pena se justifica em razão da má opção do transgressor, a qual é reprovada pelo ordenamento, o que reclama a ação estatal punitiva em retribuição à violação do bem jurídico.

Em linha com Régis Fernandes de Oliveira, Osório acrescenta que a demonstração de culpa ou dolo do agente procede da textualidade da lei. A interpretação da norma indica a espécie cabível para configuração da ofensa. De acordo com a estrutura da proibição, a ação ou omissão reclama o elemento subjetivo adequado. A materialização da falta administrativa se origina da prática do ato sem o permissivo legal. A consumação da ofensa, porém, não prescinde de requisito anímico do sujeito passível de valoração social e eventual censura a fim de justificar a repreensão cabível.

“A omissão há de significar uma violação de um dever de agir, estabelecendo-se uma relação de causalidade puramente normativa entre a conduta e o resultado. O agente se omite de uma conduta que lhe era juridicamente exigível. Essa omissão, em regra, pode ser culposa ou dolosa, mas depende do tipo sancionador essa escolha legítima. [...] Daí que as noções de ‘dolo’ ou ‘culpa’ se mostram importantes. São figuras que se fazem presentes no ordenamento jurídico como um todo. Não são elementos privativos do Direito Penal, visto que também são utilizados no Direito Civil, no Direito Laboral, no Direito Processual e, obviamente, no Direito Administrativo. [...] Não vigora o princípio da excepcionalidade do ilícito culposo. Depende de uma deliberação legislativa ou da própria redação do tipo sancionador a constatação se há, ou não, a exigência de uma subjetividade

³⁰ OSÓRIO, op. cit., p. 356.

dolosa ou culposa. O silêncio legislativo há de ser interpretado em seu devido contexto, podendo haver, inclusive, uma admissão implícita de uma modalidade culposa de ilícito.”³¹

Os voluntaristas, por sua vez, rechaçam a tese da finalidade reformadora da pena sobre o sujeito infrator, em síntese, nos termos seguintes:

“[...] o legislador pode, a seu exclusivo talante, determinar como sujeito passivo da sanção tanto o infrator, como qualquer outra pessoa, desde que direta ou indiretamente ligada àquele ou ao próprio comportamento violador da norma de conduta. Isso decorre da própria finalidade da sanção administrativa: desestimular condutas administrativamente reprováveis.”³²;

“[...] a razão [...] é a de desestimular a prática daquelas condutas censuradas ou constranger ao cumprimento das obrigatórias. Assim, o objetivo da composição das figuras infracionais e da correlata penalização é intimidar eventuais infratores, para que não pratiquem os comportamentos proibidos ou para induzir os administrados a atuarem na conformidade de regra que lhes demanda comportamento positivo. Logo, [...] o que se pretende com isto é tanto despertar em quem a sofreu um estímulo para que não reincida quanto cumprir uma função exemplar para a sociedade.”³³.

Ante o exposto, resta evidente que a celeuma doutrinária subsiste. Em parte, a causa se origina do fato de que os doutrinadores desejam a elaboração de uma abordagem idônea para aplicação a todos os campos do direito administrativo. Dado que o objetivo deste trabalho consiste no exame de enquadramentos disciplinares de servidores públicos federais, descabe o tratamento de vários aspectos integrantes do debate, como da responsabilização de pessoas jurídicas ou de procedimentos sancionadores especiais para apuração, *e.g.*, de infrações tributárias ou de trânsito. Em suma, convém cingir a discussão ao escopo da problematização da monografia.

Por outro lado, a importação indiscriminada de elementos do direito civil e do direito penal contribui para dificultar o diálogo das correntes. Os requisitos subjetivos não se identificam integralmente nas definições dos institutos, nem recebem igual tratamento, conforme o ramo do Direito. A estrutura analítica da transgressão molda-se de acordo com os contornos do campo jurídico em que é prevista. Em que pese à dedicação de acadêmicos e operadores do direito, o consenso afigura-se distante na

³¹ Ibidem, pp. 357 e 367.

³² FERREIRA, op. cit., pp. 269-270.

³³ MELLO, op. cit., pp. 864-865.

medida em que a adoção do modelo teórico procede de escolha do autor, já que, no concernente à Lei nº 8.112/90, as disposições legais mantêm em aberto a delineação dos enquadramentos, impregnados de conceitos indeterminados, e omitem-se sobre o componente anímico das condutas na maioria das hipóteses, o que relega aos intérpretes a tarefa de colmatar as lacunas com abordagens estranhas ao direito administrativo com frequência.

Conquanto soe repetitivo, convém reprisar mais uma vez a questão acerca da diferenciação de dolo, culpa e voluntariedade para ressaltar uma observação. Daniel Ferreira distingue o dolo da voluntariedade com base no critério de especialidade do ânimo do agente. Explica que o dolo revela-se no “[...] ‘querer ativo’ intencionalmente dirigido ao fim (normativamente proibido)”³⁴. Considerado isoladamente, não é claro se o conceito inclui a consciência da ilicitude da conduta na composição da intenção ou se o propósito do agente visa apenas ao resultado fático desgarrado da percepção sobre a antijuridicidade do comportamento. Noutras palavras, a teoria do autor não esclarece a fonte de que haure a definição: direito civil ou penal.

Entretanto, a obra trata do potencial conhecimento da ilicitude e da ignorância escusável em subitem integrante da análise da reprovabilidade da conduta para separá-los do exame da tipicidade e antijuridicidade do ato infracional, o que induz, à primeira vista, a adoção de modelo semelhante ao esposado no direito penal. Resta a indagação sobre o papel da voluntariedade na lógica da teoria da infração.

Em obra dedicada a comentar a Lei de Contravenções Penais, Damásio de Jesus explica o significado da voluntariedade nas disposições do citado diploma, aduzindo as circunstâncias que inspiraram o legislador à época da promulgação do Decreto-Lei nº 3.688/41, quando discorre sobre o teor do artigo 3º da LCP:

“A disposição foi elaborada ao tempo em que nossa legislação penal adotava a teoria psicológico-normativa, em que o dolo e a culpa consistiam em formas da culpabilidade (vide a Exposição de Motivos da LCP, n. 1). Por isso, fazia distinção entre vontade ou voluntariedade e dolo e culpa. Voluntariedade é a simples vontade, despida de qualquer finalidade ou direção. Corresponde ao querer, prescindindo de que o comportamento seja dirigido a certo efeito. Difere do dolo e da culpa, em que a vontade, denominada conteúdo da vontade, é dire-

³⁴ FERREIRA, op. cit., p. 278.

cionada a determinada finalidade. Nos termos do dispositivo, a contravenção não exige dolo ou culpa, contentando-se com o simples querer (voluntariedade). Como diz a Exposição de Motivos da LCP, 'o elemento moral da contravenção é a simples voluntariedade da ação ou omissão, i. e., para o reconhecimento do fato contravençio-
nal, prescinde-se de dolo ou culpa' (n. 1). A norma, entretanto, abria exceções: dolo e culpa eram exigidos quando deles a norma fazia depender a própria existência da infração ou consequências jurídi-
cas, como ocorre na contravenção do art. 50, em que o preceito se-
cundário inclui entre os efeitos da condenação por jogo de azar a
'perda dos móveis e objetos de decoração do local'. Hoje, entretanto,
adotada a teoria finalista da ação e vedada a responsabilidade obje-
tiva pela reforma penal de 1984, o disposto no art. 3o, que diz pres-
cindir a contravenção de dolo e culpa, está superado: a contraven-
ção, assim como o crime, exige dolo ou culpa, conforme a descrição
típica. O dolo se apresenta como elemento subjetivo implícito no tipo;
a culpa, como elemento normativo. Ausentes, o fato é atípico. A ad-
missão da modalidade culposa, nas contravenções, é diferente do
sistema do CP. Neste, a culpa deve ser expressa (art. 18, parágrafo
único). Nas hipóteses em que a infração é culposa, a LCP não em-
prega as expressões usuais do CP, como 'se o crime é culposo', 'no
caso de culpa' etc. A existência da modalidade culposa, nas contra-
venções, decorre da própria descrição legal do fato. Exs.: dar causa
a desabamento de construção 'por erro no projeto' (art. 29); 'não
guardar com a devida cautela animal perigoso' (art. 31, caput). A
norma não emprega termos como 'se a contravenção é culposa' ou
'no caso de culpa'. O tipo culposo decorre da própria natureza do fato
definido na norma. É necessário, entretanto, que a lei contravençio-
nal contenha referência à modalidade culposa, empregando termos
indicativos da ausência de cuidado na realização da conduta. Ausen-
tes, significa que a contravenção só admite dolo, sendo atípico o fato
culposo. Assim, as vias de fato são estritamente dolosas, uma vez
que o art. 21 da LCP não contém redação recepcionando o compor-
tamento culposos.³⁵ (sublinhei).

Para concluir, após colacionar alguns julgados precedentes à Constituição Federal vigente admitindo a voluntariedade para configuração de contravenções, Damásio informa que: “[...] a Constituição de 1988, que adotou o princípio da culpabilidade, impõe que se exija não apenas a simples voluntariedade do ato, mas que o comportamento do agente seja revestido de dolo, nos termos do art. 18, I, do CP”³⁶.

Percebe-se dos excertos que o abalizado penalista reputa a voluntariedade um elemento característico da responsabilização objetiva do agente, o que já foi superado com a reforma da parte geral do Código Penal em 1984 com o fito de acolher

³⁵ JESUS, Damásio Evangelista de. Lei das Contravenções Penais Anotada: Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, pp. 39-40.

³⁶ Ibidem, p. 40.

a teoria finalista da ação. Isso coincide com a disciplina atual da responsabilidade civil, que atribui à voluntariedade a condição de requisito mínimo e geral para que se exija do agente a obrigação de indenizar uma lesão.

“[...] a voluntariedade, que é a pedra de toque da noção de conduta humana ou ação voluntária, primeiro elemento da responsabilidade civil, não traduz necessariamente a intenção de causar o dano, mas sim, e tão somente, a consciência daquilo que se está fazendo. E tal ocorre não apenas quando estamos diante de uma situação de responsabilidade subjetiva (calcada na noção de culpa), mas também de responsabilidade objetiva (calcada na ideia de risco), porque em ambas as hipóteses o agente causador do dano deve agir voluntariamente, ou seja, de acordo com a sua livre capacidade de autodeterminação. Nessa consciência, entenda-se o conhecimento dos atos materiais que se está praticando, não se exigindo, necessariamente, a consciência subjetiva da ilicitude do ato”³⁷ (sublinhei).

Ferreira discorda, no entanto, da alegação de que a exigência de simples voluntariedade na tipificação de violações administrativas implica responsabilização objetiva do agente. Ele preleciona³⁸ que:

“Exigir voluntariedade é evidentemente diferente de se reclamar, apenas, o nexos de causalidade entre a ação (omissiva ou comissiva) e o resultado (de dano ou de perigo) para o fim de se reconhecer como realizada a conduta típica. [...] Isto configura engano, porque não se está em jogo aproximar, e.g., a responsabilidade por infração administrativa da responsabilidade extracontratual do Estado, por conta da qual ‘se prescinde da investigação de culpa ou dolo, bastando a demonstração do nexos de causalidade entre o dano sofrido pelo administrado e o comportamento danoso’, como centrada e precisamente afirmou a professora Dinorá Grotti³⁹, da PUC/SP [...]” (itálicos originais).

O argumento de Ferreira fundamenta-se na ideia de que os fatos que rechaçam a responsabilidade objetiva do agente distinguem-se das causas que elidem a responsabilidade subjetiva por mera conduta voluntária. Na primeira, a doutrina civilista atribui ao fato exclusivo da vítima ou de terceiro, ao caso fortuito e à força maior a qualidade de eventos que têm o condão de excluir o nexos causal entre o ato e o dano, exonerando de responsabilidade o causador do prejuízo. Na segunda, além do caso fortuito e da força maior, que atingem a reprovabilidade da conduta na teoria

³⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 70.

³⁸ FERREIRA, op. cit., p. 274.

³⁹ GROTTI, 2003, apud FERREIRA, 2009, p. 274.

administrativista, ele elege outros excludentes, ora da reprovabilidade, ora da antijuridicidade, derivados da abordagem penal: legítima defesa, estado de necessidade, exercício regular de direito, estrito cumprimento de dever legal, imputabilidade, potencial conhecimento da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa, que se subdivide em obediência hierárquica, coação moral irresistível e estado de erro, pois se referem à capacidade de entender e agir conforme o comando normativo.

O rol das excludentes é bastante problemático. Por exemplo, as causas justificadoras da antijuridicidade pressupõem a atuação do agente por dolo. Alguém que repele uma iminente agressão física injusta procede com consciência e intenção de cessar ou prevenir o ato. Assiste razão a Silva quando questiona:

“No presente trabalho, entende-se que a adoção simultânea dos pressupostos ‘voluntariedade’ e ‘dolo ou culpa’ na estratificação da infração administrativa é de difícil compatibilidade, razão pela qual se dá preferência aqui aos últimos, dentro da ideia de responsabilidade subjetiva. Ademais, voluntariedade também não se compatibiliza com as excludentes, na medida em que a mera conduta já bastaria, por si só, para configurar a infração. No caso do dolo, por exemplo, seria justificável alguém agir dolosamente em legítima defesa. Mas, como admitir alguém agindo com mera voluntariedade em legítima defesa?”⁴⁰ (sublinhei).

Comentando o elemento subjetivo nas excludentes de ilicitude, Guilherme de Souza Nucci ensina que há duas vertentes que divergem sobre a necessidade de consciência do agente acerca do amparo da causa de justificação para invocá-la. A teoria objetiva dispensa a inquirição da convicção e do estado psicológico do sujeito, bastando o exame do fato. A teoria subjetiva, por sua vez, requer apreciação da motivação conforme com a excludente alegada. Nada obstante, ambas as correntes concordam sobre a presença de intenção de agir do autor apesar da discussão a respeito da consciência da excludente durante a execução do ato:

“[...] Especificamente⁴¹, no contexto da legítima defesa, sustenta Noronha⁴²: ‘Situa-se no terreno físico ou material do fato, prescindindo de elementos subjetivos. O que conta é o fim objetivo da ação, e não o fim subjetivo do autor’. [...] Seguindo a linha objetiva, Hungria des-

⁴⁰ SILVA, op. cit., p. 50.

⁴¹ NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal: Parte Geral e Parte Especial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, pp. 248-250.

⁴² NORONHA, 1997, apud NUCCI, 2010, p. 248.

taca que o critério subjetivo somente poderia ser utilizado na avaliação do excesso, logo, quando este já se concretizou. Não seria o caso de analisar a *vontade de se defender* (ou a vontade de agir sob o manto de qualquer excludente de ilicitude) no momento em que a ação se dá. Aliás, se a conduta for, objetivamente, considerada razoável e proporcional, perderia o sentido apreciar o ânimo do agente. [...] Pensamos que, adotada a posição finalista em relação ao crime, não há como deixar de apoiar, também neste ponto, a *teoria subjetiva*. Afinal, se a finalidade do agente era invadir casa alheia, [...] sem saber que corria perigo, não é *merecedor* da excludente, certamente não idealizada para privilegiar a má-fé e o ato injusto. Em idêntico foco, não sabendo que seria atacado, não pode invocar a excludente de legítima defesa, quando, em verdade, queria matar o seu oponente. Nesse sentido, Bustos Ramírez e Valenzuela Bejas ensinam que o que interessa ao ordenamento jurídico é que exista a motivação de preservar um bem jurídico, que seja considerado valioso e cuja preservação seja analisada no caso concreto [...]”. (itálicos originais)

Em excerto reproduzido laudas atrás, Antônio Carlos de Alencar Filho instrui que a voluntariedade traduz-se na “consciência do desrespeito ao padrão de conduta funcional exigido dos servidores públicos”. A atuação direcionada a um resultado com a ciência da ofensa a regras de comportamento consiste no conceito de dolo segundo a abordagem dos civilistas Cavalieri e Diniz, já mencionados retro. Se o sujeito agisse sem intenção de consumir o resultado, mas cômico do padrão de conduta da repartição pública, ele procederia com simples voluntariedade ou culpa estrita? Dependeria do elemento normativo distintivo da conduta. Estabelecido o nexo causal entre a ação e o resultado, quando este proviesse de negligência, imprudência ou imperícia daquele, a causa decorreria de culpa estrita, porém, ausente desrespeito aos deveres de cuidado, o mero ato voluntário provocaria o efeito indesejado pela norma, o que, em substância, equivale à responsabilização objetiva do infrator, pois o comportamento despido de vontade passível de reprovação – ainda que presente alguma volição, inclusive de boa-fé – desloca a análise unicamente para o nexo de causalidade entre o ato material (ação, omissão) e a consequência que advém dele (prejuízo, dano).

É evidente que a argumentação pressupõe a aplicação da teoria civilista. O emprego da teoria penal do delito não é menos complicado. Basta lembrar a dificuldade de compatibilizar o conceito de voluntariedade com as causas de justificação, o que já se abordou linhas atrás.

Daniel Ferreira adverte que rejeitar a voluntariedade inviabiliza a atividade repressiva de ilícitos de mera conduta, que constituem a maioria das infrações administrativas, relegando à inocuidade o exercício do *jus puniendi* do Estado sobre comportamentos nocivos ao funcionamento da Administração Pública e à coletividade. A previsão de transgressões e sanções objetivas é imprescindível, pois “[...] *seria o caos numa sociedade de riscos*, e a cada notícia de infração seria necessário instaurar um personalizado processo administrativo sancionador, para, no mínimo, individualizar a sanção administrativa tal qual ‘a pena’, como exige a Carta Constitucional no art. 5º, inciso XLVI [...]”⁴³ (itálicos originais).

A instituição de infrações objetivadas pela voluntariedade facilita ao órgão competente formular a acusação contra o sujeito passivo do processo sancionador. O ônus probatório resume-se efetivamente aos elementos externos da conduta, já que a inquirição do ânimo do agente satisfaz-se com a demonstração de consciência para a prática do ato. Não adentra a culpa nem o dolo. O efeito assemelha-se a uma modalidade de culpa presumida. Por conseguinte, o estudo das consequências das teorias explanadas sobre o ônus da prova é o assunto do próximo capítulo a par da análise das espécies de infrações disciplinares da Lei nº 8.112/90.

⁴³ FERREIRA, op. cit., p. 273.

CAPÍTULO 2 – Das infrações disciplinares em espécie

2.1 – Da identificação do elemento subjetivo e do ônus da prova

Em artigo dedicado ao estudo do *jus puniendi* estatal, Miguel Reale Júnior⁴⁴ repisa a discussão sobre o compartilhamento de princípios e regras do exercício do poder punitivo para disciplina de ilícitos penais e administrativos, o que foi aduzido no capítulo precedente na companhia de outros doutrinadores. Inexistentes diferenças substanciais entre as infrações, cujo reconhecimento se consolidou em ordenamentos jurídicos estrangeiros, como o espanhol, francês e italiano, o autor entende que o direito pátrio alenta-se de igual inclinação, operando-se postulados comuns para o balizamento do campo do direito sancionador: legalidade, irretroatividade em prejuízo do indigitado, presunção de inocência, contraditório, ampla defesa, licitude dos meios de prova.

Pontua, contudo, que se distanciam as infrações precisamente no tocante ao tratamento da culpabilidade, “[...] sendo admitida no campo administrativo até mesmo a responsabilidade objetiva como dispõe o Sistema Nacional do Meio Ambiente. Entendo que a questão situa-se antes na desnecessidade da prova de dolo, do que na admissão de uma responsabilidade sem culpa, identificada como responsabilidade objetiva”⁴⁵.

Em referência à Lei nº 8.884/94, ab-rogada pela Lei nº 12.529/2011, que versa sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, além de outras providências, o autor arrola ilícitos administrativos cuja descrição traz em tese ínsita a noção de dolo, motivo pelo qual descaberia alegar a responsabilização objetiva do agente.

“[...] as ações descritas nos arts. 20 e 21 da Lei nº 8.884/94 [atual artigo 36 da Lei nº 12.529/2011], que descrevem ilícitos contra a ordem econômica de cunho administrativo, são, por sua natureza, dolosas, ou seja, intencionais, sendo difícil mesmo admitir que sejam realizadas por negligência e muito menos por imprudência [...]”⁴⁶.

⁴⁴ PRADO, Luiz Régis (Coord.) *et al.* O ilícito administrativo e o *jus puniendi* geral. Direito Penal Contemporâneo: estudos em homenagem ao professor José Cerezo Mir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, pp. 93-100.

⁴⁵ *Ibidem*, pp. 98-99.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 99.

O autor interpreta que a lei alberga hipótese de inversão do ônus probatório sobre o elemento subjetivo do infrator, a quem se permite carrear meios de prova de que atuara sem culpa, tendo em vista a isenção da responsabilidade administrativa.

“[...] a locução ‘independente de culpa’, constante do art. 2º [*rectius*, vide o artigo 20] da Lei nº 8.884/94 [doravante o artigo 36 da Lei nº 12.529/2011], há de ser entendida como *independentemente de prova do elemento subjetivo*, o que não exclui que prove o infrator a ausência deste, em razão de força maior ou caso fortuito ou mesmo erro. Inverte-se, então, no campo do ilícito administrativo, o ônus da prova, havendo uma presunção de responsabilidade *juris tantum*”. E prossegue: “O mais relevante, portanto, a meu ver, seja quanto às pessoas físicas, seja quanto às jurídicas, é a inversão do ônus da prova do elemento subjetivo, ou seja, a prova do dolo ou da culpa é dispensada, permitida ao acusado a prova de ter agido por força maior; de haver ocorrido erro inevitável; de não se ter infringido a diligência exigível, por ter o fato extrapolado a normal previsibilidade” (itálicos originais)⁴⁷.

Considerando que a Lei nº 12.529/2011 exorbita o objeto deste trabalho, que se concentra nos enquadramentos específicos da Lei nº 8.112/90, convém restringir a discussão da tese aos lindes do direito disciplinar regulamentado neste diploma estatutário, evitando adentrar o mérito da correspondente aplicabilidade às infrações administrativas contra a ordem econômica.

Inferem-se da argumentação dois tópicos relevantes para o presente capítulo: a identificação do requisito subjetivo a partir da textualidade do tipo administrativo e a inversão do ônus probatório sobre a volição do infrator. O primeiro retoma o debate de laudas atrás com doutrinadores, como Oliveira⁴⁸ e Osório⁴⁹, os quais trazem à baila o assunto para sustentar que o componente anímico da transgressão (culpa *stricto sensu* ou dolo, na sua abalizada opinião) procede da interpretação do respectivo preceito primário. O enquadramento deve conter itens gramaticais que permitam deduzir deles a natureza da vontade indispensável para concretizar as ações ou omissões ilícitas.

⁴⁷ Ibidem, pp. 99-100.

⁴⁸ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Infrações e Sanções Administrativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais Editora, 2005.

⁴⁹ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 3ª edição, 2009.

Régis Fernandes de Oliveira enuncia alguns lineamentos a fim de orientar o reconhecimento da espécie volitiva cabível. Segundo ele, a natureza do dever legal pode denotar o comportamento necessário para infringi-lo. Havendo um mandamento proibitivo, preleciona que a conduta positiva do agente supõe quase sempre a intenção de ofender a norma, que ele não pode ignorar, exceto por erro. Em relação a atuações negativas, isto é, abstenções ilícitas à revelia de um dever de agir, a inferência parece-lhe menos óbvia. Diz o docente: “[...] Entretanto, se o verbo determinar uma conduta obrigatória e o administrado não a pratica, mantendo-se inerte, haveria nessa omissão uma conduta dolosa ou culposa?”⁵⁰. Para responder a indagação, ele discorre sobre um caso hipotético:

“[...] alguém dirige um veículo com a validade vencida há mais de trinta dias (art. 162, V, do CTB). A pessoa achava-se acamada há muitos dias e, sem ter alguém que pudesse levá-la ao hospital, tomou o veículo e o dirigiu. [...] Nesse caso, temos que, ou essa pessoa encontrava-se em estado de necessidade, o que afastaria a ilicitude da conduta e a própria infração, ou ela poderia ter chegado ao hospital de outra maneira, o que caracterizaria a vontade livre e consciente de infringir, dolosamente, o mandamento legal. Se ela não quis afrontar o dispositivo em questão, não se dando conta de que o seu exame estava vencido, não há dolo, mas há culpa, pois deveria ter dispensado ao fato a atenção esperada, providenciado a habilitação. Caso tenha percebido o exame vencido, mas não pôde se apresentar nos locais determinados para efetuar a renovação da habilitação, em razão de sua doença, voltamos ao ponto de partida, ou seja, ou estava em estado de necessidade, ou a sua conduta foi dolosa [...]”⁵¹.

Nas faltas decorrentes de condutas omissivas, é regra, pois, a consagração da culpa em sentido amplo para consumação do ato administrativo ilícito. Somente como exceção, o dolo ou a culpa *stricto sensu* são exigidos com exclusividade para configuração do comportamento irregular nessas situações consoante a preleção do professor.

Em ensaio⁵² sobre tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade nas infrações administrativas, Eduardo Sens dos Santos salienta que uma das peculiaridades dos

⁵⁰ OLIVEIRA, op. cit., pp. 28-29.

⁵¹ Ibidem, p. 29.

⁵² SANTOS, Eduardo Sens dos *et al.* Tipicidade, Antijuridicidade e Culpabilidade nas Infrações Administrativas. Fórum Administrativo – Direito Público – FA, Belo Horizonte, ano 4, n. 42, pp. 4240-4257, ago. 2004.

ilícitos pertinentes ao campo reside precisamente na imputação da responsabilidade, isto é, “[...] a que título se investiga a relação entre a conduta de alguém submetido à Administração e a sua responsabilidade por eventual infração. Tratar-se-ia de responsabilidade objetiva? Ou seria necessária a comprovação da ocorrência de culpa ou dolo? Ou, como previsto para outro tipo de infrações, bastaria a mera conduta voluntária? [...]”⁵³.

O articulista focaliza o trabalho expressamente nas infrações perpetradas por particulares em face da Administração, afastando do escopo os enquadramentos disciplinares, referentes a servidores públicos, o que é diametralmente oposto ao fito desta monografia. Apesar disso, as considerações ventiladas servem ao debate aqui proposto, porque outros doutrinadores esposam entendimento que se coaduna com a linha de raciocínio consignada no texto no tocante, sobretudo, ao ônus probatório.

Após relatar algumas espécies de violações administrativas, Santos aventa valiosas ponderações sobre a tipicidade pela ótica do direito administrativo. Convém, entre elas, trazer a lume duas em função do assunto de que ora se trata. A primeira diz respeito à necessidade de causação de dano para consumação de tipos ilícitos administrativos. Segundo ele, ramificam-se em transgressões que requerem efetivo prejuízo a bem juridicamente tutelado por um lado (infrações de dano) e que exigem o oferecimento de ameaça quer concreta, quer abstrata a bem jurídico por outro lado (infrações de perigo). Enquanto a categoria de perigo concreto demanda evidência de que a conduta irregular aduz risco real e manifesto de lesão ao bem protegido, a espécie de perigo abstrato supõe-no com a materialização do comportamento que a lei veda. O autor salienta que a maioria dos tipos penais reclama a concretização de dano para a consumação do ato ilícito, ao passo que predominam enquadramentos de perigo no âmbito do direito administrativo. Para ele, isso não é gratuito.

A segunda reflexão do ensaio concerne ao ônus de provar a infração. Alega-se que a distribuição da incumbência de comprovar o ato ilícito não é uniforme, visto que tem relação com a natureza do tipo administrativo. Deve desincumbir-se da produção probatória a Administração ou o administrado a depender da transgressão de que se cuida (de dano, perigo concreto ou perigo abstrato) seja para este ilidir a sua incidência, seja para aquela demonstrar a sua consumação. O autor explica que:

⁵³ Ibidem, p. 4240.

“Trata-se, na verdade, de um problema de interpretação, pois à vista do tipo o aplicador deduz a regra sobre o ônus da prova. Acaso considere o tipo como de perigo concreto, é preciso provar efetivamente a ocorrência do perigo. Por outro lado, interpretando a norma tipificadora como de perigo abstrato, opera-se inversão do ônus da prova, presumindo-se perigosa a conduta por si só, até prova em contrário. [...] Os tipos administrativo-penais não são (e nem têm razão de ser) tipos de dano ou de perigo concreto. Neles, presume-se o perigo até prova em contrário e, por isso, são tipos de perigo abstrato [...]”⁵⁴.

Para embasar a tese, Santos apresenta uma argumentação prática atinente à efetividade e funcionalidade da atividade estatal diante da coletividade.

“[...] Na verdade, as disposições administrativas que impõem determinadas condutas ou abstenções existem tão-somente para orientar o administrado, tornando possível a organização do Estado. Tornar-se-ia inviável exigir da Administração a prova de dano ou de potencial dano em cada uma de suas inúmeras atuações na esfera particular, dada a escassez de provas em face da pouca ou quase nenhuma repercussão social direta da infringência. Por isso, o ônus da prova do perigo se inverte.”⁵⁵

O argumento baseia-se na ideia de culpa presumida em infrações de perigo abstrato. A concretização do ilícito implica o ônus desfavorável ao administrado de rechaçar a suposição de conduta negligente, imprudente, imperita ou intencional que pesa contra si decorrente da simples constatação do exercício de ação ou omissão em dissonância com a ordem exarada de norma jurídica. Note-se que o fundamento da culpa presumida e da respectiva inversão de ônus probatório deriva da situação de supremacia do interesse público – e, pois, da Administração que o tutela – sobre os anseios particulares do administrado. Diz o autor:

“As condutas proibidas no mais das vezes têm pouquíssima repercussão social, o que causa naturalmente a inexistência de provas. Exigir que a Administração prove a negligência, a imprudência ou a imperícia dos administrados que ferem seus preceitos tornaria inviável o exercício das competências administrativas. Além disso, colocaria em xeque a presunção de veracidade dos atos administrativos, corolário do sistema de Direito Administrativo [...] e do princípio da boa-fé objetiva focalizado pelo Direito Público [...]”⁵⁶ (sublinhei).

O raciocínio encontra embaraço na sua transposição para relações jurídicas funcionais de agentes públicos com o Estado. Aplica-se o princípio da supremacia

⁵⁴ Ibidem, p. 4248.

⁵⁵ Ibidem, p. 4248.

⁵⁶ Ibidem, p. 4250.

do interesse público ainda assim nas apurações de faltas disciplinares no tocante ao ônus probatório? A resposta da doutrina majoritária é negativa. Além de encontrar o óbice do princípio constitucional da presunção de inocência do acusado, não deflui flagrantemente do regime da Lei nº 8.112/90 a possibilidade de inversão do ônus de provar o elemento subjetivo da violação administrativa em desfavor do servidor. Em verdade, a lei estatutária dispõe de regras a partir das quais se pode inferir o oposto.

No artigo 175 do Estatuto dos Servidores Públicos da União, consta que: “No processo revisional, o ônus da prova cabe ao requerente”. Uma vez concluso o processo disciplinar, a eventual pretensão do condenado de alterar o resultado desfavorável compete-lhe em virtude da estabilidade que a decisão administrativa adquire com fulcro na presunção de legitimidade inerente aos atos do Poder Público. Entretanto, a instrução do inquérito administrativo segue lógica diversa para o deslinde de fatos supostamente irregulares com base numa notícia preambular de que teve ciência a Administração.

A leitura conjunta dos artigos 155 e 156 do regime jurídico dos servidores da União denota que a comissão processante suporta o encargo de produzir todas as provas necessárias à completa elucidação da controvérsia, enquanto o acusado tem a faculdade de acompanhar a instrução e participar dela de acordo com a respectiva conveniência. A atuação oficiosa da Administração repousa no fundamento de que lhe toca o dever de decidir a matéria estribada em razões fáticas e jurídicas bastantes para aplicar o direito objetivo ao caso concreto por força do artigo 143 dessa lei.

A Lei nº 9.784/99, como lei geral federal de processo administrativo, subsidia supletivamente as disposições de direito adjetivo da Lei nº 8.112/90. Diz aquela, no artigo 36, que cabe ao interessado a prova dos fatos que alegar. É evidente que não integram, entre as possíveis alegações, os elementos constitutivos da acusação que pesa contra o servidor interessado na causa. O Estado deve apurar o suposto cometimento de irregularidade no seio da repartição pública à luz do referido artigo 143 da lei estatutária. A apuração consiste precisamente na verificação da existência de todos os elementos que preenchem o suporte fático de faltas capituladas nos artigos 116, 117 e restantes do Estatuto ou de legislação extravagante. Ausente qualquer requisito da infração, seja objetivo, seja subjetivo, impõe-se o arquivamento do caso,

por carecer de materialidade, com a respectiva declaração de inocência do servidor na forma do artigo 167, § 4º, da lei do funcionalismo público federal.

É difícil conceber, pois, o preenchimento do requisito subjetivo de violações disciplinares com base em pressuposição decorrente da comprovação da conduta objetiva descrita no tipo administrativo. O princípio constitucional da presunção de inocência do acusado, já referido alhures, obsta interpretação desse jaez, visto que a norma baliza o raciocínio no sentido de aplicar suposições apenas para beneficiar o indigitado ao invés de comprometê-lo. Sobre a questão, vale anotar que:

“No processo criminal, o órgão acusatório deve demonstrar ao magistrado a verdade do alegado na inicial, o que servirá de *lastro* para alterar o status constitucional de inocência do acusado. Este, por sua vez, detendo em seu favor a presunção de não culpabilidade, precisa apenas refutar o alegado e produzir contraprova para *facilitar* a improcedência da ação. [...] A linha de tensão entre as partes é fundada, de um lado, pela acusação, com maior encargo, visto lutar contra a presunção constitucional de inocência, enquanto, do outro, ocupado pela defesa, atua o réu, buscando manter seu status, em trabalho de convencimento ao Judiciário” ⁵⁷ (itálicos originais).

Repise-se que Santos afastou das considerações do ensaio as relações do Estado com os seus agentes expressamente. A discussão visa a evidenciar as dificuldades de eventual aplicação da presunção de culpa na apuração de infrações disciplinares, porquanto alguns doutrinadores argumentam a suficiência da prova da ação ou omissão para inferência acerca do requisito subjetivo do comportamento no tocante a certos enquadramentos, sobretudo de mera conduta, isto é, desvinculados da concretização de qualquer resultado natural observável.

Note-se que a culpa presumida parece imprescindível, segundo o autor, em relação a transgressões de perigo abstrato. Esses tipos perfazem-se independentemente de consumação de dano à esfera jurídica do sujeito passivo da infração. Para Sandro Lucio Dezan, a classificação que divide os ilícitos com base na possibilidade de lesão a um bem jurídico (dano, perigo concreto e perigo abstrato) revela alguma correspondência com a derivada da necessidade de resultado naturalístico a fim de realização do enquadramento (material, formal e mera conduta).

⁵⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 241.

2.2 – Das infrações disciplinares conforme o resultado

Em sua obra⁵⁸, Dezan trata das infrações de acordo com o resultado natural e jurídico consequente. As classificações distinguem-se a partir da dimensão em que os efeitos da infração manifestam-se. A abordagem naturalística atrai a atenção para a produção de modificações no mundo fenomênico, natural, fático. A jurídica elucida, por sua vez, os reflexos de matiz deontológico que operam no ambiente jurídico, no domínio do dever ser, procedentes de condutas transgressoras ao ordenamento.

No escólio do doutrinador, aproveita-se aqui a lição sobre as classificações dos tipos administrativos. Para Dezan, pode-se afirmar que:

“São *materiais* os ilícitos disciplinares que provocam uma alteração no mundo físico, dando azo, por exemplo, a um dano a determinado bem de propriedade da Administração ou de particular ou a uma mudança na situação econômica do servidor, como o aumento injusto de seu patrimônio. [...] São *formais* aqueles ilícitos que descrevem uma conduta e um resultado, malgrado se conformarem apenas com conduta, ação ou omissão, independentemente de o resultado (alteração no mundo físico, ou inovação naturalística) vir ou não, a ocorrer. [...] *De mera conduta* são as infrações que não descrevem em sua tipificação nenhum resultado, tendo-se por consumada com o simples agir ou se omitir por parte do agente público de acordo com a prescrição legal, [...] independentemente de ocorrência de algum resultado danoso relacionado, que, no entanto, pode vir a agravar a sanção. [...] As infrações *de dano* são aquelas que, de fato, ofendem o bem jurídico tutelado pela norma administrativa, provocando prejuízos físicos ou econômicos à Administração ou a terceiro [...]. São *de perigo* as infrações que apenas expõem à ocorrência de prejuízos físicos ou econômicos determinado bem da Administração ou de terceiro, sem, contudo, provocar de fato o dano e a lesão ao patrimônio público ou alheio. [...] Se a exposição a perigo for de bens concretos e determinados, ter-se-á a infração *de perigo concreto* [...]. Se a exposição a perigo for genérica, sem a especificação dos bens individualmente expostos, ter-se-á infração *de perigo abstrato* [...]”⁵⁹ (itálicos originais).

O autor arrola os enquadramentos disciplinares da Lei nº 8.112/90 a fim de classificá-los à luz das categorias explanadas. Apresenta-se em seguida um quadro sinótico para esquematizar os tipos administrativos e cotejar as classificações a que eles se ajustam em consonância com a análise constante da obra em comento.

⁵⁸ DEZAN, Sandro Lucio. *Ilícito Administrativo Disciplinar em Espécie: comentários às infrações previstas na Lei 8.112/90*. Curitiba: Juruá Editora, 2ª edição, 2014.

⁵⁹ *Ibidem*, pp. 78-86.

Enquadramento	Classificação quanto ao resultado natural	Classificação quanto ao resultado jurídico
Art. 117, II [Ao servidor é proibido: retirar, sem prévia anuência da autoridade competente, qualquer documento ou objeto da repartição]	Material	De perigo abstrato
Art. 117, VI [Ao servidor é proibido: cometer a pessoa estranha à repartição, fora dos casos previstos em lei, o desempenho de atribuição que seja de sua responsabilidade ou de seu subordinado]	Material	De perigo abstrato
Art. 117, XII [Ao servidor é proibido: receber propina, comissão, presente ou vantagem de qualquer espécie, em razão de suas atribuições]	Material	De perigo abstrato
Art. 117, XVI [Ao servidor é proibido: utilizar pessoal ou recursos materiais da repartição em serviços ou atividades particulares]	Material	De perigo abstrato
Art. 117, XVII [Ao servidor é proibido: cometer a outro servidor atribuições estranhas ao cargo que ocupa, exceto em situações de emergência e transitórias]	Material	De perigo abstrato
Art. 132, I [A demissão será aplicada nos seguintes casos: crime contra a administração pública]	Material [como regra, mas segue a classificação penal]*	De dano [como regra, mas segue a classificação penal]*
Art. 132, IV [A demissão será aplicada nos seguintes casos: improbidade administrativa]	Material [Arts. 9º e 10 da Lei nº 8.429/92]*	De dano [Arts. 9º, em regra, e 10 da Lei nº 8.429/92]*
Art. 132, VII [A demissão será aplicada nos seguintes casos: ofensa física, em serviço, a servidor ou a particular, salvo em legítima defesa própria ou de outrem]	Material	De dano
Art. 132, VIII [A demissão será aplicada nos seguintes casos: aplicação irregular de dinheiros públicos]	Material	De perigo abstrato
Art. 132, X [A demissão será aplicada nos seguintes casos: lesão aos cofres públicos e dilapidação do patrimônio nacional]	Material	De dano
Art. 117, VII [Ao servidor é proibido: coagir ou aliciar subordinados no sentido de filiar-se a associação profissional ou sindical, ou a partido político]	Formal	De perigo concreto
Art. 117, IX [Ao servidor é proibido: valer-se do cargo público para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da	Formal	De perigo concreto

dignidade da função pública]		
Art. 117, XI [Ao servidor é proibido: atuar, como procurador ou intermediário, junto a repartições públicas, salvo quando se tratar de benefícios previdenciários ou assistenciais de parentes até o segundo grau, e de cônjuge ou companheiro]	Formal	De perigo concreto
Art. 117, XIII [Ao servidor é proibido: aceitar comissão, emprego ou pensão de estado estrangeiro]	Formal	De perigo abstrato
Art. 117, XIV [Ao servidor é proibido: praticar usura sob qualquer de suas formas]	Formal	De perigo concreto
Art. 132, I [A demissão será aplicada nos seguintes casos: crime contra a administração pública]	Formal [alguns casos, mas segue a classificação penal]*	De perigo concreto [alguns casos, mas segue a classificação penal]*
Art. 132, IV [A demissão será aplicada nos seguintes casos: improbidade administrativa]	Formal [Alguns casos do art. 9º da Lei 8.429/92]*	De perigo concreto [Alguns casos do art. 9º da Lei 8.429/92]*
Art. 116, I [São deveres do servidor: exercer com zelo e dedicação as atribuições do cargo]	De mera conduta	De perigo abstrato
Art. 116, II [São deveres do servidor: ser leal às instituições a que servir]	De mera conduta	De perigo abstrato
Art. 116, III [São deveres do servidor: observar as normas legais e regulamentares]	De mera conduta	De perigo abstrato
Art. 116, IV [São deveres do servidor: cumprir as ordens superiores, exceto quando manifestamente ilegais]	De mera conduta	De perigo abstrato
Art. 116, V [São deveres do servidor: atender com presteza (a) ao público em geral, prestando as informações requeridas, ressalvadas as protegidas por sigilo; (b) à expedição de certidões requeridas para defesa de direito ou esclarecimento de situações de interesse pessoal; (c) às requisições para a defesa da Fazenda Pública]	De mera conduta	De perigo abstrato
Art. 116, VI [São deveres do servidor: levar as irregularidades de que tiver ciência em razão do cargo ao conhecimento da autoridade superior ou, quando houver suspeita de envolvimento desta, ao conhecimento de outra autoridade competente para apuração]	De mera conduta	De perigo abstrato
Art. 116, VII [São deveres do servidor: zelar pela economia do material e a conservação]	De mera conduta	De perigo abstrato

do patrimônio público]		
Art. 116, VIII [São deveres do servidor: guardar sigilo sobre assunto da repartição]	De mera conduta	De perigo abstrato
Art. 116, IX [São deveres do servidor: manter conduta compatível com a moralidade administrativa]	De mera conduta	De perigo abstrato
Art. 116, X [São deveres do servidor: ser assíduo e pontual ao serviço]	De mera conduta	De perigo abstrato
Art. 116, XI [São deveres do servidor: tratar com urbanidade as pessoas]	De mera conduta	De perigo abstrato
Art. 116, XII [São deveres do servidor: representar contra ilegalidade, omissão ou abuso de poder]	De mera conduta	De perigo abstrato
Art. 117, I [Ao servidor é proibido: ausentar-se do serviço durante o expediente, sem prévia autorização do chefe imediato]	De mera conduta	De perigo abstrato
Art. 117, III [Ao servidor é proibido: recusar fé a documentos públicos]	De mera conduta	De perigo abstrato
Art. 117, IV [Ao servidor é proibido: opor resistência injustificada ao andamento de documento e processo ou execução de serviço]	De mera conduta	De perigo abstrato
Art. 117, V [Ao servidor é proibido: promover manifestação de apreço ou desapreço no recinto da repartição]	De mera conduta	De perigo abstrato
Art. 117, VIII [Ao servidor é proibido: manter, sob sua chefia imediata, em cargo ou função de confiança, cônjuge, companheiro ou parente até o segundo grau civil]	De mera conduta	De perigo abstrato
Art. 117, X [Ao servidor é proibido: participar de gerência ou administração de sociedade privada, personificada ou não personificada, exercer o comércio, exceto na qualidade de acionista, cotista ou comanditário]	De mera conduta	De perigo abstrato
Art. 117, XV [Ao servidor é proibido: proceder de forma desidiosa]	De mera conduta	De perigo abstrato
Art. 117, XVIII [Ao servidor é proibido: exercer quaisquer atividades que sejam incompatíveis com o exercício do cargo ou função e com o horário de trabalho]	De mera conduta	De perigo abstrato
Art. 117, XIX [Ao servidor é proibido: recusar-se a atualizar seus dados cadastrais]	De mera conduta	De perigo abstrato

quando solicitado]		
Art. 132, I [A demissão será aplicada nos seguintes casos: crime contra a administração pública]	De mera conduta [alguns casos, mas segue a classificação penal]*	De perigo abstrato [alguns casos, mas segue a classificação penal]*
Art. 132, II [A demissão será aplicada nos seguintes casos: abandono de cargo]	De mera conduta	De perigo abstrato
Art. 132, III [A demissão será aplicada nos seguintes casos: inassiduidade habitual]	De mera conduta	De perigo abstrato
Art. 132, IV [A demissão será aplicada nos seguintes casos: improbidade administrativa]	De mera conduta [Art. 11 da Lei nº 8.429/92]*	De perigo abstrato [Art. 11 da Lei nº 8.429/92]*
Art. 132, V [A demissão será aplicada nos seguintes casos: incontinência pública e conduta escandalosa, na repartição]	De mera conduta	De perigo abstrato
Art. 132, VI [A demissão será aplicada nos seguintes casos: insubordinação grave em serviço]	De mera conduta	De perigo abstrato
Art. 132, IX [A demissão será aplicada nos seguintes casos: revelação de segredo do qual se apropriou em razão do cargo]	De mera conduta	De perigo abstrato
Art. 132, XI [A demissão será aplicada nos seguintes casos: corrupção]	De mera conduta [para outros, é ilícito formal]	De perigo abstrato
Art. 132, XII [A demissão será aplicada nos seguintes casos: acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções públicas]	De mera conduta	De perigo abstrato

*Observações não constantes dos dados da obra que serve de fonte.

Algumas ilações são possíveis com supedâneo na lista. Todas as infrações de dano são necessariamente materiais, assim como é constatável igual correlação entre transgressões de mera conduta e de perigo abstrato. O inverso, todavia, não é verdadeiro. Há ilícitos materiais que consistem em perigo abstrato ao bem jurídico tutelado pela norma administrativa. Percebe-se também a implicação entre as faltas formais e as violações de perigo concreto. Note-se que o rol carece do tipo do artigo 130, § 1º, da lei estatutária, segundo o qual se aplica punição de suspensão de até quinze dias a servidor que se recusar, injustificadamente, à inspeção médica ordenada pela autoridade competente. Trata-se de enquadramento de mera conduta e perigo abstrato, porquanto não implica nenhum resultado natural específico, salvo a

própria omissão do agente, nem bem jurídico concreto e determinado sob o risco de lesão ou perecimento.

Conforme se abordou atrás, as infrações de mera conduta consumam-se de acordo com parte da doutrina com a pura voluntariedade. Considerando a identidade entre elas e as violações de perigo abstrato, pode-se admitir a possibilidade, em princípio, de culpa presumida do transgressor com a realização da ação ou omissão vedada pelo ordenamento. O efeito prático é bastante semelhante. Tanto na primeira quanto na segunda hipótese, o ônus probatório milita em favor da acusação, porque só lhe basta demonstrar praticamente o elemento objetivo do enquadramento para configuração da irregularidade, cabendo ao acusado provar excludentes ou ausência de culpa – no caso da inversão de ônus – para isentar-se de penalidade.

Convém doravante proceder ao exame detido das infrações disciplinares da Lei nº 8.112/90 por espécie no tocante especificamente aos respectivos elementos subjetivos. Existem enquadramentos na lei estatutária cujo texto é remissivo a outra norma jurídica. Para extrair o significado do mandamento proibitivo, impõe-se, logo, o cotejamento dos diplomas envolvidos. São exemplos notórios da doutrina os tipos dos incisos I (crime contra a Administração Pública), IV (improbidade administrativa) e XI (corrupção) do artigo 132.

As condutas descritas nos aludidos dispositivos têm previsão própria noutros atos normativos, que informam os seus elementos constitutivos, a saber: o Título XI do Decreto-Lei nº 2.848/40 (Código Penal) e os artigos 9º a 11 da Lei nº 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa). As duas leis trazem regras sobre os elementos subjetivos das infrações no corpo dos textos. Nesse sentido, consta do parágrafo único do artigo 18 do Código Penal e do *caput* do artigo 10 da lei de improbidade administrativa que:

“Art. 18. Diz-se o crime:”

[...]

“Parágrafo único. Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente.”

“Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no artigo 1º desta Lei, e notadamente:” (sublinhei)

Considerando que a definição de crime diz respeito à seara penal, as ações ou omissões sujeitam-se às regras de estruturação pertinentes à legislação criminal para que se subsumam a delitos. Despiciendo abordar aqui a discussão acerca da necessidade de sentença judicial condenatória para dar azo à cominação de sanção disciplinar pela Administração, em virtude da competência reservada pelo artigo 5º, LVII, da Constituição Federal ao Poder Judiciário para declarar alguém culpado por prática de ilícito penal, porquanto não se trata do objeto desta monografia. Anote-se apenas que o enquadramento do inciso I do artigo 132 da Lei nº 8.112/90 importa do direito penal os requisitos que constituem a infração, razão pela qual se deduz a imprescindibilidade de comprovação do dolo do agente, salvo exceções expressas que admitem a culpa em sentido estrito, para consumação do tipo.

Quanto aos atos que traduzem improbidade administrativa, descabe alegar que os elementos anímicos do *caput* do artigo 10 da Lei nº 8.429/92 só concernem às infrações do rol do próprio dispositivo. A doutrina controverte unicamente sobre a possibilidade de condenação de agente público por conduta culposa em sentido estrito. Em essência, é pacífico que a improbidade denota ofensa ao dever de honestidade. Nessa linha, qualquer dos enquadramentos dos artigos 9º a 11 subentende o comportamento intencional, ou seja, direcionado a um fim desonesto. Entretanto, a previsão literal da culpa na cabeça do artigo 10 dessa lei é fundamento de discórdia doutrinária. Para autores como José Armando da Costa, Mauro Roberto Gomes de Mattos e Ivan Barbosa Rigolin, é inadmissível reputar a alguém a pecha de ímprobo por negligência, imprudência ou imperícia.

“[...] os três tipos da Lei de Improbidade Administrativa – enriquecimento ilícito (art. 9º), prejuízo ao erário (art. 10) e violação a princípios da boa administração pública (art. 11) – exigem para sua configuração o elemento subjetivo do tipo, o dolo, em decorrência de que a conduta culposa não se encaixa nos tipos da Lei 8.429/92. [...] o

objetivo da Lei de Improbidade Administrativa é punir o agente público desonesto, não o inábil [...].”⁶⁰

“[...] A improbidade é sempre ato doloso, ou seja, praticado intencionalmente, ou cujo risco é inteiramente assumido. Não existe improbidade culposa, que seria aquela praticada apenas com imprudência, negligência, ou imperícia, porque ninguém pode ser ímprobo, desonesto, só por ter sido imprudente, ou imperito, ou mesmo negligente.”⁶¹

Em oposição, Sandro Lucio Dezan leciona que o enquadramento do inciso IV do artigo 132 da Lei nº 8.112/90 aproveita-se dos componentes conceituais da Lei nº 8.429/92, porquanto o tipo disciplinar consiste numa norma punitiva em branco, cujo preceito primário depende de complementação por outro ato normativo para ter eficácia, a que se presta a referida lei de improbidade administrativa com supedâneo no § 3º do seu artigo 14.

“A Lei de Improbidade Administrativa, Lei 8.429/92, apesar de aplicável à seara cível, faz expressa previsão de sua aplicação em sede administrativa consoante o seu art. 14, § 3º e, assim, distintamente do ocorre em relação aos diplomas penais e aos crimes contra a Administração Pública, fornece os valores conceituais para a direta e administrativa subsunção da conduta do servidor ao ilícito disciplinar ora tratado. [...] O elemento subjetivo corresponde ao dolo para a realização dos tipos descritos nos arts. 9º e 11 da Lei nº 8.429/92, e ao dolo e à culpa, nas modalidades negligência, imprudência ou imperícia, para os preceitos contidos no art. 10 do mesmo diploma. Assim, ter o agente público obrado com consciência e vontade, direcionadas ao resultado infracional, é imprescindível à constatação de improbidade administrativa, com repercussão disciplinar, capituladas como *enriquecimento ilícito* ou *ofensa a princípios da Administração*, ao passo que o ilícito disciplinar de improbidade administrativa por *dano ao erário* se contenta com ao menos a culpa do servidor.”⁶² (itálicos originais)

No atinente à modalidade de improbidade por culpa prevista no artigo 10 da Lei nº 8.429/92, Fábio Medina Osório ensina que:

“Somente no que se refere ao *caput* desses textos dos arts. 9º, 10 e 11 da LGIA [Lei Geral de Improbidade Administrativa], homologamos a tese do silêncio eloquente restritivo. Em outras palavras, o silêncio é eloquente quanto ao *caput*, no sentido de restringir as

⁶⁰ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Tratado de Direito Administrativo Disciplinar. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2ª edição, 2010, pp. 494-495.

⁶¹ RIGOLIN, Ivan Barbosa. Comentários ao Regime Único dos Servidores Públicos Civis. São Paulo: Editora Saraiva, 7ª edição, 2012, p. 324.

⁶² DEZAN, op. cit., pp. 271-275.

ações ou omissões culposas somente ao campo do art. 10, *caput*, da LGIA”⁶³ (itálicos originais).

Osório defende não haver simetria dos requisitos subjetivos no *caput* dos artigos 9º a 11 da Lei nº 8.429/92 com relação aos dos respectivos incisos. Para ele, o elemento anímico dos incisos procede da estrutura da redação legal. A autonomia relativa dos dispositivos arrolados sob as cabeças dos artigos funda-se na deliberação especial do legislador de proibir os comportamentos determinados na lista sem prejuízo de tipos adicionados nas legislações setoriais de improbidade administrativa (em matéria de direito urbanístico, ambiental, eleitoral, fiscal).

“A forma típica, além das referências expressas, indicará a admissibilidade da conduta dolosa e/ou culposa. Especializados, os incisos cumprem um papel de agregar detalhe às condutas que poderiam estar igualmente tipificadas na cabeça do texto, mas que foram objeto de uma deliberação mais específica do legislador. A técnica não é mera tautologia, mas [...] um indicativo de valoração legislativa das condutas, com maior ênfase na proibição de comportamentos especificamente selecionados pela autoridade competente. A autonomia funcional dos incisos, por assim dizer, permite, pois, conclusão no sentido de que seu tratamento dogmático há de ser igualmente peculiar, não se confundindo com aquele dispensado no *caput*. O legislador não pode proibir genericamente condutas culposas de enriquecimento ilícito ou lesão aos princípios, nas cabeças dos arts. 9º e 11 da LGIA, mas pode fazê-lo de modo específico e concreto em outros dispositivos, detalhando melhor essas condutas, dentro de sua liberdade democrática.”⁶⁴ (itálico original)

Osório acrescenta afinal que a previsão de improbidade culposa não agride a Constituição Federal. Pelo contrário, a lei maior acolhe a tese e fomenta a opção legislativa com o propósito de tutelar os valores superiores de eficiência, economicidade e moralidade administrativa. Diz ele:

“Os tipos culposos da improbidade descendem já da própria Constituição Federal. Nesta, não há restrição alguma à improbidade culposa. Ao contrário, há reforço no sentido da necessária proteção dos valores ‘eficiência’ ou ‘economicidade’, ao abrigo da moral administrativa e de princípios expressos nos arts. 37 ou 70 da CF. Forte no princípio democrático, a LGIA optou pela eleição da improbidade culposa como modalidade de ilícito. Não desrespeitou o comando do art. 37, § 4º, da CF, que prevê uma série de sanções aos atos ímprobos, porque o castigo reservado ao ilícito culposos haverá, como

⁶³ OSÓRIO, Fábio Medina. Teoria da Improbidade Administrativa: má gestão pública, corrupção, ineficiência. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2ª edição, 2010, p. 229.

⁶⁴ Ibidem, pp. 229-230.

ocorre nos demais tipos de ilícitos, de ser balanceado e ponderado, em consonância com o postulado ou princípio da proporcionalidade. Já manifestamos entendimento quanto à constitucionalidade da improbidade culposa, refutando argumentação em sentido oposto, basicamente porque, desde uma perspectiva conceitual, a improbidade não se confunde com desonestidade, consoante ficou evidenciado ao analisarmos a categoria ético-normativa e as bases constitucionais da probidade. Se assim é certo, também outras condutas, que não as dolosas, podem ser catalogadas como ímprobos. [...] na tutela de crimes contra a Administração Pública, é possível e recomendável apanhar condutas culposas, pois várias figuras delitivas são culposas, tais como o peculato e outras, para não falarmos de crime de responsabilidade. Se resulta possível ao legislador penal tipificar condutas culposas de crimes contra o setor público, mais ainda resultaria legítimo ao legislador administrativo fazê-lo, dentro da escala valorativa e hierárquica que caracteriza as relações entre os legisladores, pela matéria tratada. Se pode haver crime culposos contra a Administração Pública, também pode haver improbidade culposa”⁶⁵.

Resta patente, pois, que o enquadramento do inciso IV do artigo 132 da lei estatutária deve acompanhar a descrição dos tipos da Lei nº 8.429/92, já que esta é o diploma geral que regulamenta a matéria de improbidade administrativa. Em que pese à cizânia doutrinária, o elemento subjetivo do tipo disciplinar só pode ser dolo ou culpa – para aqueles que admitem esta modalidade –, jamais a voluntariedade. Assim como os crimes contra a Administração Pública, a que se reporta o inciso I do artigo 132, a infração disciplinar segue os moldes da legislação de referência, que requer dolo em regra ou culpa por exceção, dependendo da figura delitiva.

O tipo disciplinar de corrupção, previsto no inciso XI do artigo 132 da Lei nº 8.112/90, conforma-se aos lindes dos artigos 317 e 333 do Código Penal. A doutrina salienta, porém, a independência da infração administrativa em relação à congênere criminal, haja vista a previsão apartada das hipóteses do inciso I do dispositivo estatutário aludido acima (crimes contra a Administração Pública). No caso em tela, a lei penal serve de baliza interpretativa a fim de impedir a vagueza do enquadramento no bojo do Estatuto, o que violentaria o princípio constitucional da legalidade e do devido processo legal substantivo por insuficiência de tipicidade. A incidência dessa norma poderia ocorrer em tese desvincilhada de eventual processo penal, porém a posição não é unânime. Há quem entenda que a corrupção administrativo-disciplinar extrapola a definição penalista, abrangendo conduta que “[...] pressupõe várias ações,

⁶⁵ Ibidem, p. 231.

tais como: solicitar diretamente ou indiretamente, receber, aceitar promessa, concordar com a promessa, procurar, induzir ao desejo de receber vantagem indevida, em proveito próprio ou com a indicação de um preposto ou representante (terceira pessoa), etc”⁶⁶. De qualquer modo, haurida dos conceitos dos delitos ou não, a espécie em discussão demanda a inequívoca demonstração do dolo do agente, porquanto o ordenamento visa a repelir precisamente o comportamento desonesto do servidor, o que induz a atuação intencional para consumação da irregularidade funcional. Trata-se, portanto, de “[...] ação ou omissão que demonstre o caráter degenerado, degradado, do servidor público e, assim, inservível, quanto aos atributos morais, para representar o Estado em suas atuações administrativas”⁶⁷.

Afastados os enquadramentos que configuram normas punitivas em branco, remissíveis a outros diplomas legais, passa-se ora ao exame das transgressões cuja materialidade é definida no seio da própria Lei nº 8.112/90. Cuida-se do abandono de cargo, da inassiduidade habitual e da acumulação ilícita de cargos, empregos ou funções públicas. As definições constam respectivamente dos artigos 138, 139 e 133, §§ 1º e 6º, do Estatuto, os quais pregam:

“Art. 138. Configura abandono de cargo a ausência intencional do servidor ao serviço por mais de 30 (trinta) dias consecutivos.”;

“Art. 139. Entende-se por inassiduidade habitual a falta ao serviço, sem causa justificada, por 60 (sessenta) dias, interpoladamente, durante o período de 12 (doze) meses.”;

“Art. 133. [...] § 1º A indicação da autoria de que trata o inciso I dar-se-á pelo nome e matrícula do servidor, e a materialidade pela descrição dos cargos, empregos ou funções públicas em situação de acumulação ilegal, dos órgãos ou entidades de vinculação, das datas de ingresso, do horário de trabalho e do correspondente regime jurídico. [...] § 6º Caracterizada a acumulação ilegal e provada a má-fé, aplicar-se-á a pena de demissão, destituição ou cassação de aposentadoria ou disponibilidade em relação aos cargos, empregos ou funções públicas em regime de acumulação ilegal [...]” (sublinhei).

A redação do artigo 138 explicita que o abandono de cargo perfaz-se com a ausência intencional do agente. Em princípio, a norma é bastante clara. Entretanto, para José Armando da Costa, o vocábulo não deve ser entendido na acepção usual,

⁶⁶ MATTOS, op. cit., p. 508.

⁶⁷ DEZAN, op. cit., p. 314.

pois a intenção a que se refere o dispositivo não consiste no dolo direto ou específico de abandonar o cargo público (*animus abandonandi* ou *derelinquendi*, segundo alguns), mas numa “[...] conduta voluntária que não sofreu a influência de insuperável, legítimo e justificável refluxo, ou seja, ação ponderável e suficiente em sentido contrário”⁶⁸.

O posicionamento é minoritário. A caracterização de dolo volta a depender da teoria adotada: civilista ou penal. Se se incluísse a consciência da violação da norma na constituição da conduta dolosa, então bastaria a mera voluntariedade, pois esta, com base no trecho reproduzido do autor, consubstancia a decisão de praticar os elementos objetivos do tipo, isto é, de ausentar-se do serviço ao longo de mais de trinta dias consecutivos. Do ponto de vista penal, isso consiste precisamente no dolo direto, o que não descarta a possibilidade de executar a infração com dolo eventual, assumindo o risco de produzir o resultado (jurídico).

Costa relata entendimento doutrinário, de que discorda, sobre a inversão do ônus probatório a partir da realização do elemento objetivo do tipo. Ele informa que “Há quem sustente, ainda, que o somatório de trinta e uma faltas consecutivas ao serviço, por si só, já é o bastante para estabelecer a presunção relativa (*juris tantum*) de que o servidor abandonou o cargo [...]”⁶⁹. É o problema específico de infrações de perigo abstrato e mera conduta de que se tratou retro. Ao transferir ao acusado o ônus de provar a ausência da intenção de faltar aos dias de serviço, viola-se a regra do artigo 5º, LVII, da Constituição Federal, que vela pela situação jurídica preliminar de inocência do agente público no processo disciplinar.

A doutrina majoritária assenta que:

“[...] afere-se por intencionalidade o dolo como vontade livre e consciente de não comparecer ao serviço público. Eis aqui o elemento subjetivo da conduta. Não há que se requerer o dolo específico de abandonar o cargo público, mas somente o de não comparecimento por mais de trinta dias. O *animus abandonandi* perfaz-se com a simples intenção de ausência injustificada ao serviço por período superior a trinta dias e não com a vontade livre e deliberada de não mais

⁶⁸ COSTA, op. cit., p. 405.

⁶⁹ Ibidem, p. 404.

retornar para o exercício da função ou cargo público.”⁷⁰ (itálicos originais).

Em matéria de direito sancionador, a hermenêutica orienta dar interpretação mais favorável à parte suscetível de punição quando existente dúvida sobre o significado da lei (*poenalia sunt restringenda*)⁷¹. O brocardo significa que se interpretam estritamente as disposições cominadoras de pena. Decorre dele de outro mais amplo: *odiosa restringenda, favorabilia amplianda* (restringa-se o odioso, amplie-se o favorável) sobre cuja aplicação no direito penal os doutrinadores discutem. Greco, citando Hungria, leciona que:

“[...] A última corrente, de posição mais adequada aos métodos de interpretação penal, preconiza que, havendo dúvida em matéria de interpretação, deve esta ser resolvida em benefício do agente (*in dubio pro reo*). É a posição de Hungria: ‘No caso de irreduzível dúvida entre o espírito e as palavras da lei, é força acolher, em direito penal, irrestritamente, o princípio do *in dubio pro reo* (isto é, o mesmo critério de solução nos casos de prova dúbia no processo penal). Desde que não seja possível descobrir-se a *voluntas legis*, deve guiar-se o intérprete pela conhecida máxima: *favorabilia [sic] sunt amplianda, odiosa restringenda*. O que vale dizer: a lei penal deve ser interpretada restritivamente quando prejudicial ao réu, e extensivamente no caso contrário’.”⁷² (itálicos originais).

Por conseguinte, considerando a possibilidade de aplicação de princípios penais, conforme a doutrina de Bandeira de Mello, Vitta, Oliveira e outros, é mister admitir que a interpretação do artigo 138, que complementa o tipo do artigo 132, II, da Lei nº 8.112/90 (abandono de cargo), deve favorecer o acusado do processo disciplinar. Nesse diapasão, entre atribuir ao vocábulo “intencional” a ideia de dolo ou a de voluntariedade, prefere-se a primeira à última, porque o ônus probatório torna-se mais difícil para o acusador em benefício do servidor indigitado.

A inassiduidade habitual, presente no artigo 132, III, da lei estatutária, tem o complemento no artigo 139 desse diploma. O dispositivo não explicita o componente subjetivo da infração na redação legal. Denota apenas a ausência de causa justificadora e a quantidade das faltas, além do lapso temporal em que devem ocorrer,

⁷⁰ DEZAN, op. cit., pp. 265-266.

⁷¹ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 20ª edição, 2011, p. 203.

⁷² HUNGRIA, 1958, apud GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*. Vol. I. Niterói: Editora Impetus, 13ª edição, 2011, p. 43.

para consumir a violação disciplinar. Trata-se de evidente enquadramento de mera conduta e perigo abstrato. Para a doutrina, a espécie é continuação da antecedente. Costa afirma que o ânimo do agente é similar em ambas as transgressões:

“[...] rege-se, *mutatis mutandis*, pelas mesmas regras do *animus abandonandi* [...]. Não basta, pois, que haja o servidor, no período de doze meses, deixado de comparecer ao serviço por sessenta vezes de modo intermitente, e sim que essas faltas, além disso, tenham resultado de sua deliberação espontânea e voluntária [...]”⁷³ (itálicos originais).

A controvérsia reside outra vez na interpretação da intenção de não comparecer ao serviço na forma descrita pelo dispositivo. Trata-se de dolo ou mera voluntariedade? As considerações sobre a questão foram expendidas logo acima, razão por que se dispensa reiterá-las. Cabe consignar apenas que a divergência afigura-se às vezes mais retórica do que lógica. A própria definição de voluntariedade de Costa dá impressão, como na transcrição anterior, de que se confunde com a ideia de dolo direto do direito penal, o que tornaria em tese a discussão estéril para aqueles que defendem a aplicação da teoria do crime aos ilícitos administrativos.

Dezan, no tocante ao enquadramento, expõe que a redação legal induz a inversão do ônus probatório em desfavor do acusado. Cuidar-se-ia, na verdade, de culpa presumida do servidor a partir do não comparecimento intercalado no prazo da lei. Ele alega que:

“[...] Importante reparar que, nesse caso específico, por força da redação do dispositivo, há a inversão do ônus da prova, deixando a cargo do próprio servidor, ante a constatação da falta interpolada ao serviço pelo período de um ano, a apresentação de motivo justificante, que deve ser sopesado pelo colegiado que pode, ou não, levá-lo em consideração, para eximir o servidor de sanção. Essa causa justificante, em que pese a acepção da palavra aqui empregada de forma não técnica, não se consubstancia, somente em causa excludente de ilicitude, mas também em excludente de culpabilidade. [...] Conquanto ilícito de prova pré-constituída, basta à Administração promover a juntada de documento que ateste o não comparecimento do servidor no prazo estipulado, para se ter como cumprido o requisito para a aplicação de sanção, cabendo ao servidor, com a inversão do ônus da prova, demonstrar a justificativa para tal ausência, declinando, as-

⁷³ COSTA, op. cit., p. 433.

sim, ausência da vontade livre e consciente de faltar deliberadamente ao serviço público.”⁷⁴ (sublinhei).

Retorna-se ao problema das infrações de mera conduta, que coincidem com as espécies de perigo abstrato, não obstante estas serem mais abrangentes do que aquelas, conforme se constata do quadro retro. A ausência de justificção, na linha de pensamento de Dezan, consubstancia por si a presunção relativa de inexistência de justificativa num momento inicial. O acusado necessita trazer à baila a causa que motivou as faltas ao serviço para descaracterizar a infração disciplinar. Note-se que se sublinhou nas linhas finais do trecho da obra a assertiva de que o servidor deve comprovar a privação de vontade livre e consciente de ausentar-se deliberadamente ao trabalho. A justificativa, segundo o autor, pode decorrer tanto de excludentes de ilicitude quanto de causas justificantes da culpabilidade da conduta consoante outro excerto grifado no mesmo texto. Na prática, assemelha-se ao modelo voluntarista de Daniel Ferreira, porquanto a atuação do órgão acusador cinge-se a evidenciar que o infrator realizou o elemento objetivo isento de embaraços à vontade sem perquirir a motivação da conduta. Basta que não conste registro de justificativa, cuja declinação ao gestor público consiste em obrigação do servidor.

Com relação ao artigo 132, III, do Estatuto, Ferreira não o encaixa na categoria de infrações de simples voluntariedade. Na realidade, equipara-o, no atinente ao requisito subjetivo, ao abandono de cargo. Ele reserva a classificação de ilícito de mera conduta, que se satisfaz com a pura omissão voluntária, ao enquadramento do artigo 116, X, da Lei nº 8.112/90, cujo estudo está por vir, o qual tem o fundamento objetivo também no descumprimento da obrigação de justificar a falta ao serviço.

De qualquer maneira, predomina a doutrina de que a inassiduidade habitual, a par do abandono de cargo, requer a intenção de ausentar-se ao serviço na forma do tipo legal. Compete à comissão de inquérito comprovar o desinteresse do agente de comparecer ao trabalho para justificar a aplicação da penalidade correspondente. A inversão do ônus probatório não se coaduna com a presunção de inocência que orienta o exercício do poder punitivo estatal *ex vi* artigo 5º, LVII, da lei maior.

⁷⁴ DEZAN, op. cit., p. 270.

O tipo do artigo 132, XII, da Lei nº 8.112/90 (acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções públicas) compõe-se das descrições dos artigos 118 a 120 e 133, §§ 1º e 6º, da lei estatutária em complemento ao artigo 37, XVI, da Constituição Federal. O comando constitucional arrola em alíneas as hipóteses permissivas de acumulação de ofícios públicos, condicionando-as à compatibilidade de horários. *Contrario sensu*, o fato que não se subsuma ao rol taxativo resta vedado, conforme se depreende da cabeça do dispositivo. O Estatuto, por sua vez, versa sobre o assunto no Capítulo III do Título IV (artigos 118 a 120), reproduzindo a previsão da lei magna e disciplinando a matéria com relação aos cargos em comissão. Compete ao artigo 133 delimitar a materialidade para apuração do ilícito disciplinar, cuja previsão encontra-se no antecedente com o fim de estipular a penalidade (demissão de cargo efetivo, destituição de cargo em comissão ou função comissionada, cassação de aposentadoria ou disponibilidade).

A doutrina esclarece que a infração constitui-se de dois atos. O primeiro é comissivo no exercício simultâneo de dois ou mais ofícios públicos cuja acumulação é proibida. O segundo consiste na omissão de manifestar a escolha entre eles, após notificação ao servidor, no prazo de dez dias com base no *caput* do artigo 133 da Lei nº 8.112/90. A comunicação do fato ao interessado é condição de procedibilidade da ação disciplinar. A lei estabelece a presunção de boa-fé se a declaração de opção acontecer até o fim do prazo para apresentação da defesa, o que elide a tipicidade do enquadramento na forma do § 5º desse dispositivo. Não constam da norma os efeitos de eventual negativa expressa do agente de abrir mão de quaisquer cargos, empregos ou funções que exerça depois de notificado. É possível a retratação no curso do procedimento sumário? A doutrina é silente a respeito disso.

O § 6º do artigo 133 do Estatuto requer a comprovação da acumulação ilegal dos ofícios públicos, em termos objetivos, a par da má-fé do servidor para imposição das sanções disciplinares cabíveis. Resta evidente que o dolo, sob a designação de má-fé, consiste no único requisito subjetivo admissível para configuração do tipo. É manifesto também que o ânimo do acusado deve ser demonstrado na apuração, o que afasta qualquer presunção em seu desfavor. A doutrina é pacífica quanto ao assunto da prova da má-fé. Remanesce apenas a questão da retratação. Não se vê

aqui nenhum óbice. O legislador disse menos do que queria. Considerando que se informa pelos princípios do artigo 5º, LV, da Constituição Federal, reiterados também no artigo 153, além de outros, da Lei nº 8.112/90, o direito disciplinar assegura ao acusado o direito à ampla defesa no litígio em que se implicar. Prevalece assim a regra de ampliação da interpretação favorável (*favorabilia amplianda*), já referida, a fim de garantir a faculdade do exercício mais abrangente possível dos meios de ilidir os fatos que o desabonam, o que inclui a prerrogativa de retratar-se no prazo legal.

Doravante, para organizar a análise dos enquadramentos disciplinares, opta-se pela discriminação das infrações de acordo com a espécie do resultado natural. A cada tipo (material, formal ou de mera conduta) correspondem observações que se dirigem ao grupo a que pertencem. O tratamento isolado de cada figura será empregado se ela se distinguir das assemelhadas com respeito à estrutura sob a ótica do elemento subjetivo da conduta. Os componentes objetivos só têm importância caso evidenciem o ânimo ínsito ao comportamento do transgressor.

2.2.1 – Das infrações materiais

Em primeiro lugar, convém discorrer sobre as infrações materiais. Elas são as condutas que se consumam mediante a produção de algum resultado constatável no mundo físico. Seguindo a classificação de Dezan, apresentam tais características as previsões dos artigos 117, mormente, e 132 da Lei nº 8.112/90. As transgressões materiais implicam dano muitas vezes, mas há vários exemplos de perigo abstrato, o que não pode ser desprezado em sede de ponderação de circunstâncias atenuantes e agravantes da pena.

Para recapitular, podem-se arrolar os seguintes tipos materiais: incisos II, VI, VII, XII, XVI e XVII do artigo 117; por fim, incisos VII, VIII e X do artigo 132 da Lei nº 8.112/90. Os incisos I e IV do artigo 132, que versam sobre os crimes contra a Administração Pública e os atos que importam improbidade administrativa, respectivamente, não serão mais abordados. Primeiro, eles receberam atenção separada atrás por causa da remissão que fazem a outros diplomas jurídicos. Segundo, os tipos que se amoldam aos enquadramentos disciplinares podem ser materiais dependendo da disciplina de cada dispositivo na legislação especial. Nesse diapasão, as razões aqui formuladas valem igualmente para o vindouro exame de transgressões formais e de

mera conduta que também se subsumam a descrições típicas de delito do Título XI do Código Penal, bem como de ação ou omissão ímproba da Lei nº 8.429/92.

Eis a redação das infrações materiais do artigo 117 da Lei nº 8.112/90.

“Art. 117. Ao servidor é proibido: [...] II – **retirar**, sem prévia anuência da autoridade competente, qualquer documento ou objeto da repartição; [...] VI – **cometer** a pessoa estranha à repartição, fora dos casos previstos em lei, o desempenho de atribuição que seja de sua responsabilidade ou de seu subordinado; [...] XII – **receber** propina, comissão, presente ou vantagem de qualquer espécie, em razão de suas atribuições; [...] XVI – **utilizar** pessoal ou recursos materiais da repartição em serviços ou atividades particulares; XVII – **cometer** a outro servidor atribuições estranhas ao cargo que ocupa, exceto em situações de emergência e transitórias [...]” (negritei)

Nenhum dos tipos expressa o ânimo do agente para realizar a infração nos textos respectivos. Em função do silêncio, a doutrina analisa cada componente dos preceitos com o propósito de perscrutar o impulso psíquico que induz o servidor ao cometimento da irregularidade funcional. Para Régis Fernandes de Oliveira, os tipos que carregam núcleos verbais denotando atos comissivos são dolosos, intencionais por excelência. Nesse diapasão, todos os enquadramentos em destaque acima têm o requisito subjetivo de dolo, pois consistem em ações, ou melhor, comportamentos ativos do executor: “retirar”, “cometer”, “receber” e “utilizar”.

Nada obstante, Sandro Lucio Dezan cogita da possibilidade de atuação por negligência ou imprudência na hipótese do inciso II do artigo 117⁷⁵. Voz destoante emana de José Armando da Costa, que a inclui na regra da simples voluntariedade, alegando que: “A infração disciplinar em exame [art. 117, II] requer, pelo menos, que haja a voluntariedade do agente que retira tais elementos (documento ou objeto), razão por que não restará configurada a transgressão quando isso ocorra por engano”.⁷⁶ Em verdade, na obra Costa aborda os fatos tipificados em comento sem mencionar o requisito subjetivo específico de cada um, ressalvado o caso do inciso II do artigo 117, o que dá a entender que todos atraem idêntica disciplina, visto que o autor considera a conduta voluntária o elemento mínimo geral para realização das infrações, requerendo-se a expressa previsão legal em contrário para excepcioná-lo em favor de dolo ou culpa.

⁷⁵ Ibidem, p. 194.

⁷⁶ COSTA, op. cit., p. 363.

Parte da caracterização do inciso II do artigo 117 procede da mera retirada do documento ou objeto do âmbito da repartição pública. Outra decorre da ausência de autorização para que o faça. A princípio, o ato de retirar a coisa concretiza-se por ato voluntário e intencional, porém é possível a falta de autorização por negligência ou imprudência do servidor que se esquece de solicitá-la à chefia responsável algum tempo depois de guardar o material consigo numa maleta ou mochila, ausentando-se do recinto ao fim da jornada de trabalho. O ânimo de deter a coisa existe, mas há uma falha quanto à anuência do superior hierárquico. O defeito atinente ao consequimento da permissão de recolher a coisa pode provir de dolo ou culpa. Por força da tipicidade, o elemento subjetivo deve operar a efetivação da contraparte objetiva da conduta. A exigência é satisfeita tanto pelo dolo quanto pela culpa. No tocante à falta de autorização, o subalterno pode ocasioná-la com intenção ou por negligência, imprudência, conforme se ilustrou linhas atrás. Trata-se de omissão, pois a rejeição frontal a uma eventual negativa remeteria o ato a hipóteses de insubordinação ou desobediência à ordem. Qualquer uma das modalidades de volição é idônea para descumprir a norma legal no aspecto da privação de consentimento da autoridade competente. Com relação ao ato material de “retirar”, porquanto o comportamento consubstancia-se na apoderação, no assenhoreamento da coisa, não resta escolha senão assumir a necessária intencionalidade do autor da ação.

Quanto aos demais enquadramentos de que ora se cuida, os verbos contêm carga semântica que implica o desejo ativo do infrator. Ele determina a sua conduta no sentido de atuar as figuras dos incisos VI, XII, XVI e XVII do artigo 117. O núcleo das ações intui procedimentos afirmativos: “cometer a alguém” significa “incumbir”, “encarregar”, “confiar”, “dar o encargo”; por sua vez, “receber” traduz-se em “aceitar”, “admitir”, “acolher”; enfim, “utilizar” sugere a ideia de “empregar com utilidade”, “fazer uso”, “aproveitar”. A volição do servidor precisa dirigir-se à realização do resultado natural para que se consuma o tipo. É imprescindível que o agente aceite a propina, que o servidor extraia a utilidade dos bens, que alguém desempenhe as atribuições públicas que não lhe tocam. Os elementos objetivos resultam da atuação do sujeito ativo nas hipóteses de incidência. Se ele não aquiescer com a vantagem, se ele não imprimir aos bens uma finalidade, se ele não atribuir atividade a outrem, então não

se preencherá o suporte fático para produzir os efeitos jurídicos correspondentes em função de impossibilidade lógica da fórmula.

O depósito de dinheiro na conta bancária do servidor não tem importância só por si. Em primeiro lugar, é necessário que o valor decorra da condição de agente público, porém não exista permissivo legal. Em segundo, é preciso que ele aceite a quantia. Este ato completa a figura típica. O raciocínio aplica-se às demais infrações. Alguém que age sem dispor de competência não se encaixa na descrição normativa a não ser que o fato resulte de ordem do agente estatal. Os bens públicos servem à satisfação de necessidades, exceto particulares, o que configura desvirtuamento de propósito por quem os detém. Em suma, infere-se da redação dos enquadramentos que as ações perfazem-se somente por ato consciente e direcionado à produção do resultado natural do sujeito ativo, razão pela qual se sustenta a tese da indispensabilidade do dolo.

No artigo 132 da lei estatutária, os incisos VII, VIII e X exemplificam também infrações materiais. Os enquadramentos são reputados gravíssimos na doutrina, os quais dão causa à demissão do transgressor consoante o comando do *caput*.

“Art. 132. A demissão será aplicada nos seguintes casos: [...] VII – ofensa física, em serviço, a servidor ou a particular, salvo em legítima defesa própria ou de outrem; VIII – aplicação irregular de dinheiros públicos; [...] X – lesão aos cofres públicos e dilapidação do patrimônio nacional [...]” (sublinhei)

A redação dos tipos versa sobre as condutas de “ofender”, “aplicar”, “lesar” e “dilapidar” explicitadas pelos substantivos que consistem no núcleo dos respectivos ilícitos funcionais. Os atos de “ofender”, “aplicar” e “dilapidar” são manifestamente comissivos, enquanto “lesar” é mais abrangente, admitindo procedimentos positivos (ações) ou negativos (omissões) do protagonista da infração.

No tocante à ofensa física, Dezan é categórico na assertiva de que se requer exclusivamente o dolo do sujeito ativo para a realização da infração com supedâneo na previsão legal de legítima defesa no corpo do dispositivo.

“Denota-se da própria redação do preceptivo, ao fazer inserir espécie de excludente de ilicitude no próprio tipo (a excludente só se caracterizará se o agente tiver a consciência de que age sob o seu manto)

que na tipificação em comento se trata de ilícito doloso, possuindo, assim, somente este – o dolo, direto ou indireto, eventual ou alternativo – como espécie de elemento subjetivo. **Não há como conciliar um provável tipo culposos que contenha em sua redação uma expressa excludente de ilicitude, pois este último se consubstancia em instituto finalístico, permeado pela consciência e pela vontade de agir sob o amparo de uma justificativa legal.** O próprio conceito de ‘ofensa’ faz inferir a existência de intenção, consubstanciada na vontade e consciência de produzir o resultado ‘violação da integridade’, no caso, física.”⁷⁷ (negritei)

O ânimo do agente dirige-se contra a integridade física da vítima, seja com o intuito de ferir, seja com o fim de matar, o que repercute, sobretudo, na dosimetria da pena com base no artigo 128 da Lei nº 8.112/90. De qualquer maneira, é assente na doutrina que a ação do transgressor é intencional no sentido de produzir o resultado reprovado pela norma jurídica.

Os incisos VIII (aplicação irregular de verbas públicas) e X (lesão aos cofres públicos e dilapidação do patrimônio nacional) do artigo 132 têm pontos de contato, que a doutrina põe em evidência, por causa das consequências que se refletem no erário, porém se apartam quanto ao destino dos bens públicos. Alguns doutrinadores enxergam na “lesão” um congênere, ainda que mais amplo, do crime de peculato que consta da cabeça do artigo 312 do Código Penal. Dessa maneira, haveria locupletamento indevido do infrator ou de outrem à custa do patrimônio estatal. Na “dilapidação”, preleciona-se que a nota distintiva reside no esbanjamento, no desperdício de ativos nacionais por vontade do servidor também em prol de si ou alheio. Enfim, a “aplicação irregular” configura-se sem o objetivo de assegurar benefício a alguém. A aquisição de material desnecessário ao órgão exemplifica o enquadramento com o arrimo no escólio de José Armando da Costa.

A doutrina majoritária aposta na atuação com dolo do agente para realização de todas as infrações. Destoa Costa, pois insiste na voluntariedade como elemento subjetivo necessário. Em passagem de sua obra, ele aduz que:

“Dessome-se daí que a infração disciplinar em exame, compreendendo tanto o dano aos cofres públicos como a dilapidação do patrimônio nacional, somente restará caracterizada como susceptível de ensejar a pena disciplinar capital (demissão) quando, além de conter

⁷⁷ DEZAN, op. cit., p. 296.

uma razoável porção de desonestidade, tenha o funcionário faltoso agido com voluntariedade. Esse elemento subjetivo, conquanto não se identifique exatamente com o dolo, estrema-se sobremodo da culpa em sentido estrito [...]”⁷⁸ (sublinhei).

O argumento causa perplexidade. Afinal é possível alguém atuar com desonestidade sem a intenção de sê-lo? O comportamento desonesto tem a torpeza e a má-fé intrínsecas por definição. Por conseguinte, assumir a desonestidade como um fundamento de desvalor da conduta implica reconhecer a volição contaminada do agente no momento em que a pratica. Nesse diapasão, a ação intencional, i.e., com o dolo é requisito subjacente à concretização das hipóteses de incidência em tela.

2.2.2 – Das infrações formais

Esgotados os tipos materiais, passa-se ora ao escrutínio das transgressões formais da Lei nº 8.112/90, as quais se resumem às seguintes:

“Art. 117. Ao servidor é proibido: [...] VII – coagir ou aliciar subordinados no sentido de filiarem-se à associação profissional ou sindical, ou a partido político; [...] IX – valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública; [...] XI – atuar, como procurador ou intermediário, junto a repartições públicas, salvo quando se tratar de benefícios previdenciários ou assistenciais de parentes até o segundo grau, e de cônjuge ou companheiro; [...] XIII – aceitar comissão, emprego ou pensão de estado estrangeiro; XIV – praticar usura sob qualquer de suas formas [...]” (sublinhei).

Apesar da descrição de resultados naturalísticos, as infrações consumam-se independente da materialização dos objetivos do agente (filiação de subordinados às agremiações, consecução de proveito em benefício próprio ou alheio, obtenção de benefícios junto a repartições, recebimento de comissão, emprego ou pensão, locupletação de juros escorchantes de empréstimos). Sobre a identificação do elemento anímico, cada texto estrutura-se de modo a indicar a ação direcionada a algum fim. Com outras palavras, a redação aponta a intenção que impele o comportamento do sujeito ativo.

No inciso VII, os atos de “coagir” e “aliciar”, que sugerem a conduta deliberada, pois implicam impor, pressionar ou seduzir, incitar, visam ao conseguimento da filiação do subalterno às entidades nomeadas na lei. A ideia de finalidade apresenta-

⁷⁸ COSTA, op. cit., p. 478.

se na locução “no sentido de”. Por sua vez, o inciso IX do artigo 117 lança mão da preposição “para” com intuito de exprimir o propósito do ardil de “valer-se do cargo”, isto é, servir-se, utilizar-se dele como a ferramenta para o atingimento dos escopos ilícitos do infrator. No inciso XI, consta “atuar”, que envolve o exercício de atividade – de procurador ou intermediário, no caso – para auferir resultado certo junto a órgãos públicos. O inciso XIII registra o verbo “aceitar”, que comporta o significado de anuir, admitir, aquiescer, aprovar, o que denota a vontade dirigida ao aperfeiçoamento do negócio antijurídico (pelo menos para o direito disciplinar). Enfim, no inciso XIV, há a ação de “praticar”, que importa levar a efeito, atuar diletante ou profissionalmente, tendo em vista a consecução da usura, que consiste no empréstimo de dinheiro com a cobrança de taxas de juros superiores aos limites legais, presumivelmente nocivas à estabilidade financeira da vítima.

Em geral, a doutrina elege o dolo à condição de requisito subjetivo dessas cinco hipóteses de transgressão. A realização dos resultados naturais consiste em simples exaurimento do tipo, importando no tempo em que se aquilata a reprimenda cabível, como circunstância agravante, na forma do artigo 128 da Lei nº 8.112/90. Descabe a cogitação de culpa estrita ou mera voluntariedade para a constituição da conduta em virtude do sentido finalístico das ações – sobretudo no inciso IX – aferível dos três primeiros e do último dispositivos. Entretanto, com relação ao inciso XIII, Dezan defende a possibilidade de atuação com negligência ou imprudência. Não se enxerga aqui por qual maneira isso aconteceria. Assiste razão a Gomes de Mattos, que discorre sobre o assunto com perspicácia:

“O segundo requisito, o elemento subjetivo do tipo, qual seja, o dolo, consiste na vontade livre e consciente e recebimento de vantagens indevidas, diretamente ou indiretamente, interligadas à função ao cargo do servidor público [...]. É necessária a demonstração de uma relação concreta, ou seja, terá que haver a inequívoca prova direta da ação ou omissão dolosa e promíscua (além dos outros elementos), para a caracterização da referida infração disciplinar [...]. Não existe forma culposa da presente infração disciplinar, pois, sem que esteja caracterizada a vontade do servidor público em receber determinada vantagem, diretamente ou por intermédio de terceira pessoa, esses [Estados estrangeiros] não ousarão oferecer nenhum tipo de proposta indecorosa.”⁷⁹ (sublinhei).

⁷⁹ MATTOS, op. cit., p. 456.

2.2.3 – Das infrações de mera conduta

Por fim, existem os enquadramentos de mera conduta. Eles representam o grupo mais prolixo da Lei nº 8.112/90. Identificam-se na classificação consoante o resultado jurídico com as infrações de perigo abstrato, visto que, ausente descrição de resultado natural, o tipo perfaz-se com o singelo comportamento do agente, o que configura por si um risco de lesão em tese para o Estatuto. Eis a seguir os róis com essas espécies por artigo para rememorá-las:

“Art. 116. São deveres do servidor: I – exercer com zelo e dedicação as atribuições do cargo; II – ser leal às instituições a que servir; III – observar as normas legais e regulamentares; IV – cumprir as ordens superiores, exceto quando manifestamente ilegais; V – atender com presteza: a) ao público em geral, prestando as informações requeridas, ressalvadas as protegidas por sigilo; b) à expedição de certidões requeridas para defesa de direito ou esclarecimento de situações de interesse pessoal; c) às requisições para a defesa da Fazenda Pública; VI – levar as irregularidades de que tiver ciência em razão do cargo ao conhecimento da autoridade superior ou, quando houver suspeita de envolvimento desta, ao conhecimento de outra autoridade competente para apuração; VII – zelar pela economia do material e a conservação do patrimônio público; VIII – guardar sigilo sobre assunto da repartição; IX – manter conduta compatível com a moralidade administrativa; X – ser assíduo e pontual ao serviço; XI – tratar com urbanidade as pessoas; XII – representar contra ilegalidade, omissão ou abuso de poder.” (sublinhei);

“Art. 117. Ao servidor é proibido: I – ausentar-se do serviço durante o expediente, sem prévia autorização do chefe imediato; [...] III – recusar fé a documentos públicos; IV – opor resistência injustificada ao andamento de documento e processo ou execução de serviço; V – promover manifestação de apreço ou desapreço no recinto da repartição; [...] VIII – manter sob sua chefia imediata, em cargo ou função de confiança, cônjuge, companheiro ou parente até o segundo grau civil; [...] X – participar de gerência ou administração de sociedade privada, personificada ou não personificada, exercer o comércio, exceto na qualidade de acionista, cotista ou comanditário; [...] XV – proceder de forma desidiosa; [...] XVIII – exercer quaisquer atividades que sejam incompatíveis com o exercício do cargo ou função e com o horário de trabalho; XIX – recusar-se a atualizar seus dados cadastrais quando solicitado.” (sublinhei);

“Art. 132. A demissão será aplicada nos seguintes casos: [...] V – incontinência pública e conduta escandalosa, na repartição; VI – insubordinação grave em serviço; [...] IX – revelação de segredo do qual se apropriou em razão do cargo [...]” (sublinhei).

A princípio, convém observar que a íntegra do artigo 116 configura ilícitos de mera conduta. Por excelência, os deveres estatutários distinguem-se das proibições e das infrações capitais da Lei nº 8.112/90, porque são regras com altíssimo cunho abstrato. Há autores que os consideram tipos residuais, visto que incidem quando os fatos não se amoldem a transgressões previstas nos enquadramentos que implicam sanções mais graves. Em geral, a violação de dever funcional justifica cominação de advertência ao responsável nos termos do artigo 129 da lei do regime jurídico único da União, assim como o descumprimento das vedações referidas neste dispositivo.

Para análise do requisito subjetivo dos tipos, opta-se pelo agrupamento das espécies afins em função do núcleo da conduta ou do bem jurídico tutelado pela Lei nº 8.112/90 para garantir a coerência na ponderação sobre os casos. Comentam-se, a princípio, as redações dos artigos 116, I, e 117, XVIII, do Estatuto.

“Art. 116. São deveres do servidor: I – exercer com zelo e dedicação as atribuições do cargo; [...] Art. 117. Ao servidor é proibido: [...] XVIII – exercer quaisquer atividades que sejam incompatíveis com o exercício do cargo ou função e com o horário de trabalho [...]” (sublinhei).

Avizinham-se os tipos em razão do núcleo da ação que os integra: “exercer”. O verbo significa preencher, cumprir os deveres e as funções inerentes ao cargo ou pôr em prática, levar a efeito algo. Enquanto o primeiro sentido afigura-se pertinente à hipótese do artigo 116, o segundo toca à proibição insculpida no outro dispositivo.

Uma diferença é fundamental entre deveres e proibições. Aqueles consistem em comandos de agir ao destinatário. Ele deve proceder a condutas positivas a fim de observar a norma. Estas revelam mandamentos de não fazer, isto é, de abster-se de realizar o conteúdo do texto, o que implica dever de conduta negativa do agente.

Por conseguinte, pode-se afirmar que em regra a inobservância de deveres funcionais – constantes do artigo 116 – requer a omissão do servidor para consumir a infração, ao passo que a violação de proibições – arroladas no artigo 117 – pede a ação do transgressor para dar concretude à ofensa. Segundo Oliveira, cada espécie de conduta – ativa e passiva – admite um ou outro elemento anímico de acordo com a situação. Em atos comissivos, entende que quase sempre a intenção é imprescin-

dível, o que não se aplica aos comportamentos omissivos, porquanto a ausência de um fazer pode em tese derivar tanto de dolo, quanto de culpa estrita do responsável.

Em que pese aos lineamentos do professor, importa doravante pôr a tese à prova com base nos enquadramentos sob o exame. Com relação aos artigos 116, I, e 117, XVIII, constata-se que o verbo “exercer”, que os tipos compartilham nas suas redações, aduz significados distintos, conforme já se mencionou. A ideia de “cumprir ou preencher as atribuições inerentes ao cargo” impõe ao servidor que não se omita de fazê-lo com zelo e dedicação, o que reclama cuidado, prudência e preocupação na realização dos trabalhos concernentes a ele. Por seu turno, o sentido de “pôr em prática” atividades incompatíveis com o ofício público e o horário de expediente requerida do agente que não se dedique àquelas ocupações nas circunstâncias pela lei declinadas.

Na inobservância do dever funcional, há a dimensão valorativa do cuidado e do devotamento no exercício das atribuições do cargo, o que é suscetível de ofensa pelo comportamento negligente ou intencional do ocupante. A culpa em *lato sensu* harmoniza-se, pois, com o conteúdo do tipo, porque a reprovação recai no mínimo sobre a atuação eivada de menoscabo, desatenção, desleixo durante o desempenho de tarefas concretas. Dezan enxerga no enquadramento uma modalidade residual e atenuada de desídia, já que esta tem reflexo mais grave à esfera jurídica do infrator.

No exercício de atividades incompatíveis, a doutrina esclarece que a norma resguarda o andamento do serviço público pelo agente competente para dar regular impulso às demandas que lhe chegam. A incompatibilidade traduz-se no condão de denegrir ou prejudicar o funcionamento do ofício estatal. Caso as ocupações deem azo ao potencial descrédito institucional ou não se conciliem com o período laboral, então a proibição incide, e a falta disciplinar consuma-se independente de dano real em decorrência do fato. Ainda quando o servidor compensar posteriormente a carga horária para inteirar a jornada, a irregularidade subsiste, porque a ação produz em si

o perigo abstrato de macular e desregular a organização do Estado. Perfaz-se, logo, com a mera conduta⁸⁰ do sujeito ativo da transgressão.

A condução de atividades incompatíveis pode ocorrer por dolo ou culpa em sentido estrito do agente na opinião de Dezan. Refletindo sobre o assunto, é viável encontrar situações em que o sujeito ativo, conquanto contemple a possibilidade de comprometer a jornada do serviço público, não a aceita, pois acredita que logrará o êxito de administrar o tempo necessário ao bom desempenho de cada mister, o que se revela afinal uma escolha imprudente. Apesar de transgressão perpetrada por ato comissivo, deduz-se da espécie a viabilidade de conduta culposa *stricto sensu* do autor do fato na composição da irregularidade disciplinar.

A proibição do inciso XVIII do artigo 117 relaciona-se com o descumprimento do dever do inciso I do artigo 116. Ambos os enquadramentos tutelam o zelo e a dedicação do servidor no exercício de suas atribuições. Ao decidir impulsionar atividades incompatíveis com o ofício público, o agente procede sem dar a importância ao cargo conforme a lei preceitua. A inobservância do dever consuma-se indiretamente, haja vista a especialidade do dispositivo proibitivo, que é o alvo principal da infração, demonstrando a relação de subsidiariedade entre os tipos. O artigo 116, I, é residual diante do artigo 117, XVIII, da Lei nº 8.112/90.

Para a corrente que adota a voluntariedade nas infrações administrativas, os tipos de mera conduta são as espécies que incorporam com clareza a tese, porque a legitimidade dos enquadramentos decorre da aceitação de censura de condutas sem um dano correspondente, o que só é possível quando admitida a proposta de repelir certos comportamentos objetivamente considerados do seio social.

“Apenas com a adoção da voluntariedade e como *elemento mínimo não-objetivo tipificante* é que se pode legitimar a aceitação (no Brasil) de infrações de *mera conduta*, porque – se acatada a tese de que não há infração administrativa *sem lesão ou perigo de lesão a bem*

⁸⁰ Neste ponto, destoa-se da classificação de Dezan, a quem a infração do artigo 117, XVIII, tem o feitiço material, visto que se necessita de demonstrar a atividade incompatível para a consumação do tipo. Crê-se aqui que se trata de aspectos distintos. A ocupação inconciliável com o ofício público não é resultado da conduta. Ao contrário, cuida-se do requisito objetivo dela. Por seu turno, o resultado pode ser ora o descumprimento da carga horária sem a respectiva compensação, ora o eventual dano ao erário ou à imagem da repartição em função do conflito de interesses.

jurídico – da mesma feita são inconstitucionais as sanções fixas, igualmente aplicadas para todos os sujeitos infratores [...]”⁸¹ (itálicos originais).

Na esteira dos voluntaristas, todas as infrações de mera conduta, que coincidam com transgressões de perigo, resultam da atuação voluntária do agente. Não há o que perquirir sobre o dolo ou a culpa. Considerando a abrangência da assertiva, opta-se por consignar as considerações pertinentes ao fim do capítulo depois de examinadas os enquadramentos de mera conduta.

Na esteira da discussão sobre o cuidado e zelo do servidor no exercício das atribuições do cargo, convém mencionar o dever do artigo 116, VII, da lei estatutária. O dispositivo também demanda do sujeito ativo a atuação diligente na administração do acervo patrimonial estatal. Trata-se de norma especial em referência ao inciso I, porém é residual em cotejo com o artigo 132, X (dilapidação do patrimônio nacional), já explanado. Enquanto este é um ilícito material, a infringência ao dever funcional em tela consubstancia-se com a mera conduta do transgressor.

“Art. 116. São deveres do servidor: [...] VII – zelar pela economia do material e a conservação do patrimônio público [...]” (sublinhei)

Na hipótese, “zelar” significa tomar conta dos ativos estatais, prevenindo o desperdício e atenuando a depreciação. Pode-se realizar o núcleo da conduta por ato comissivo ou omissivo do agente. O elemento anímico consiste na culpa ampla, sem restrição, ou na voluntariedade para a corrente que a acolha. A ocorrência de deterioração bens públicos ocasiona o agravamento da pena, caso não constitua o enquadramento disciplinar mais grave, na forma do artigo 128 do Estatuto.

As infrações dos artigos 116, II e X, e 117, I, da Lei nº 8.112/90 comungam, nas duas primeiras hipóteses, um núcleo verbal genérico e, nas duas últimas, o bem jurídico da regularidade e continuidade da prestação do serviço público com tênue distinção entre as circunstâncias.

“Art. 116. São deveres do servidor: [...] II – ser leal às instituições a que servir; [...] X – ser assíduo e pontual ao serviço; [...] Art. 117. Ao servidor é proibido: I – ausentar-se do serviço durante o expediente, sem prévia autorização do chefe imediato [...]” (sublinhei)

⁸¹ FERREIRA, op. cit., p. 274.

O verbo “ser” não denota significado suficiente, visto que ele tem a função de apenas vincular o sujeito da oração ao predicado correspondente. Explicam-se os deveres que exsurtem dos incisos II e X com base em adjetivos, que informam ao servidor as exigências de lealdade, assiduidade e pontualidade no desempenho do ofício público.

Todos os deveres em comento podem ser vulnerados por ação ou omissão do agente. Entretanto, o inciso II perfaz-se só com a conduta intencional do servidor, enquanto o inciso X admite também os atos imprudentes e negligentes. A distinção deriva do fundamento axiológico do inciso II. A lealdade é valor que não comporta o meio-termo. Ou a pessoa é franca, honesta, fiel, ou não o é. A assiduidade e pontualidade aferem-se objetivamente. Estas concernem precipuamente ao objeto tutelado (jornada de trabalho); aquela, ao sujeito do comportamento. O enquadramento do inciso II sofre críticas da doutrina por causa da indeterminação que ele porta na delimitação dos atos que colima reprimir, desbordando das raias da tipicidade, o que o aproxima da concepção de direito penal do inimigo.

“Deveres assim tão genéricos, por cujo eventual descumprimento a L. 8.112 não prevê nenhuma penalidade afora a remota hipótese de advertência [...], são de fato raros balizamentos ou parâmetros morais de comportamento, e não obrigações objetivamente impostas, que possam ser com a mesma objetividade exigidas, nem que ensejem sanção objetiva pelo seu descumprimento.”⁸²

Assim como o inciso X do artigo 116, o texto do artigo 117, I, proíbe ao servidor comprometer a regularidade da prestação do serviço público com a abreviação indevida da jornada de trabalho. O verbo “ausentar-se” subentende o ingresso inicial do agente. Demanda-se a ação de retirar-se das dependências da repartição para a consumação do ilícito sem a anuência da chefia. Há, logo, um fato acessório, que depende de ato omissivo do infrator, para cometimento da irregularidade: a ausência de solicitação ao superior hierárquico. Existindo a desobediência à negativa da autoridade competente, o fato pode subsumir-se ao artigo 132, VI, pois se trata de grave insubordinação em serviço, que absorveria a transgressão mais branda por força do princípio da consunção.

⁸² RIGOLIN, op. cit., p. 297.

Dessa maneira, existe o dolo no atinente ao ato principal de ausentar-se do recinto, porém a omissão de pedir a autorização comporta a culpa em sentido lato, à exceção da imperícia. A doutrina não estabelece diferença, afirmando a culpa ampla (intenção, negligência, imprudência) como requisito subjetivo do tipo.

À semelhança do inciso II do artigo 116, há mais enquadramentos do rol cuja redação contém conceitos indeterminados. As definições de presteza, moralidade e urbanidade são elásticas, pois derivam do contexto onde se aplica a norma. É bem verdade que elas apresentam mais concretude do que o vocábulo “leal”. Contudo, o trabalho doutrinário é indispensável para mitigar a insegurança que trazem consigo. Eis os deveres funcionais dos incisos V, IX e XI do artigo 116.

“Art. 116. São deveres do servidor: [...] V – atender com presteza: a) ao público em geral, prestando as informações requeridas, ressalvadas as protegidas por sigilo; b) à expedição de certidões requeridas para defesa de direito ou esclarecimento de situações de interesse pessoal; c) às requisições para a defesa da Fazenda Pública; [...] IX – manter conduta compatível com a moralidade administrativa; [...] XI – tratar com urbanidade as pessoas [...]” (sublinhei)

O verbo “atender” implica ação do agente, pois significa dar atenção com o fim de prestar o auxílio ou serviço ao interessado. Por seu turno, “manter” e “tratar” possibilitam tanto os atos comissivos, quanto os omissivos cometidos pelo servidor. Não há maneira de estabelecer qual o procedimento cabível, *a priori*, sem examinar a circunstância concreta com que se depara o sujeito ativo para aferir a moralidade, ou a presteza, ou a urbanidade da sua conduta.

Destarte, enquanto a infração ao inciso V requer a omissão de presteza de atendimento do agente, as transgressões aos deveres dos incisos IX e XI envolvem qualquer conduta positiva ou negativa, contanto que contrarie os elementos axiológicos da moralidade ou urbanidade. O requisito subjetivo, para a doutrina que adota a culpabilidade, consiste na intenção, imprudência ou negligência para todos os tipos. A imperícia é admitida por Dezan com relação ao inciso V apenas. Aos voluntaristas esses enquadramentos requestam o simples ato voluntário do servidor.

Cumpre salientar que os deveres dos incisos IX e XI do artigo 116 têm correlação com as infrações dos incisos V (incontinência pública e conduta escandalosa)

e VII (ofensa física, em serviço, a servidor ou a particular) do artigo 132 do Estatuto. Aqueles são espécies mais brandas do que estes, o que impacta na ponderação dos atos concretos para subsunção ao enquadramento justo. Por exemplo, enquanto a conduta do infrator pautar-se por palavras descorteses, o tipo amolda-se à violação do dever de urbanidade, do qual se extrapola, uma vez que a agressão materializa-se pela aplicação de força bruta, o que atrai a incidência do artigo 132, VII, da Lei nº 8.112/90. A propósito, Dezan ensina que o inciso IX tem estreita proximidade com a falta capital de improbidade administrativa – artigo 132, IV – em virtude da tutela ao princípio da moralidade. A distinção reside, sobretudo, na ideia de que o potencial lesivo do ato que ofende o artigo 116 atinge tangencialmente a imagem institucional da Administração, ao passo que o artigo 132 sugere ação ou omissão direcionada a inculcar a infâmia e o descrédito do Poder Público à coletividade. Reconhece-se também a afinidade do artigo 116, IX, com o disposto no artigo 132, V, da lei do regime disciplinar.

“Art. 132. A demissão será aplicada nos seguintes casos: [...] V – incontinência pública e conduta escandalosa, na repartição [...]” (sublinhei).

O dispositivo acima tutela a moralidade administrativa no âmbito da repartição pública. Para a doutrina, o tipo requer ação do sujeito, descabendo a prática de omissão. Apesar da indeterminação dos conceitos, sugere-se que se encaixa na hipótese a conduta imoderada e ofensiva aos bons costumes no ambiente de trabalho. É possível a subsunção do ato à norma por culpa ampla, exceto por imperícia, mas não é pacífico. Gomes de Mattos defende a presença do dolo específico de desmoralizar o serviço público para a consumação do ilícito sem o qual o comportamento é relegado para o enquadramento do artigo 116, IX, em vez do artigo 132, V, da Lei nº 8.112/90. Pela própria natureza da transgressão, que não prevê resultado natural, a corrente minoritária assume apenas a voluntariedade como elemento necessário à realização da espécie. Eis excerto da opinião de Gomes de Mattos sobre o assunto.

“[...] a Autoridade Julgadora não poderá deixar de observar se as mesmas são graves ou não, visto que sendo de menor potencial ofensivo será imposta a penalidade mais branda, com fundamento no artigo 116, IX, da Lei 8.112/90, ao passo que se for de maior potencial ofensivo, estando configurado o dolo específico de desmoralizar

o serviço público, terá o servidor imposta uma penalidade máxima como consequência lógica da gravidade de seus atos.”⁸³

O Estatuto atribui deveres funcionais com o propósito específico de proteger a legalidade no âmbito da Administração Pública. Os incisos III, IV, VI e XII do artigo 116 servem à regularidade do serviço administrativo, estipulando regras de conduta necessárias ao bom funcionamento da burocracia estatal e à correção de eventuais desvios de procedimento dos agentes públicos.

“Art. 116. São deveres do servidor: [...] III – observar as normas legais e regulamentares; IV – cumprir as ordens superiores, exceto quando manifestamente ilegais; [...] VI – levar as irregularidades de que tiver ciência em razão do cargo ao conhecimento da autoridade superior ou, quando houver suspeita de envolvimento desta, ao conhecimento de outra autoridade competente para apuração; [...] XII – representar contra ilegalidade, omissão ou abuso de poder.” (sublinhei)

Os dois primeiros verbos grifados admitem a ação ou omissão do servidor, já que os comandos possibilitam o adimplemento de obrigações de fazer ou não fazer conforme o contexto. Os dois últimos exigem conduta ativa do sujeito, porquanto se trata de deveres instrumentais por excelência no sentido de que o cumprimento dos mandamentos almeja ensejar a outrem a oportunidade de deflagrar as providências que o caso concreto reclama.

Os verbos “observar” e “cumprir” têm o sentido idêntico, porque se traduzem no dever de respeitar as normas e ordens com amparo legal. “Levar” e “representar” induzem as ideias de expor e transmitir os fatos a alguém. Com relação ao elemento subjetivo implícito nas figuras, a doutrina majoritária assenta que se realizam todas pela culpa em sentido amplo do agente, exceto por imperícia. Sustenta-se minoritariamente a necessidade de demonstração de ato voluntário simples em companhia das demais infrações de mera conduta para consumação dos tipos.

O enquadramento do artigo 116, IV, tem o seu congênere no artigo 132, VI, da Lei nº 8.112/90. Os tipos colimam a proteção da hierarquia na Administração. A infração capital distingue-se da inobservância do dever funcional em razão da gravidade do ato de rebeldia do servidor às ordens superiores. Grosso modo, a doutrina

⁸³ MATTOS, op. cit., p. 500.

explica que o artigo 132 comporta as afrontas diretas aos poderes de comando e de direção das autoridades competentes.

“Art. 132. A demissão será aplicada nos seguintes casos: [...] VI – insubordinação grave em serviço [...]” (sublinhei).

A insubordinação materializa-se tanto por atos comissivos, quanto omissivos do subalterno, contanto que contrários à determinação da chefia. Pelo conteúdo da conduta, que denota revolta, a consciência e a volição específica do agente público são necessárias, razão por que a doutrina não contempla nenhuma alternativa à de comprovar o dolo do infrator de afrontar, descumprir e desobedecer, salvo a posição minoritária dos voluntaristas.

No artigo 117, constam proibições que compartilham um núcleo verbal que exprime a recalcitrância do servidor, punindo-o, como meio de preservar a hierarquia e legalidade na esteira dos deveres funcionais gerais abordados linhas atrás. Mister trazer a lume também o enquadramento extravagante situado no artigo 130, § 1º, do Estatuto, pois segue lógica semelhante à das vedações aludidas.

“Art. 117. Ao servidor é proibido: [...] III – recusar fé a documentos públicos; IV – opor resistência injustificada ao andamento de documento e processo ou execução de serviço; [...] XIX – recusar-se a atualizar seus dados cadastrais quando solicitado.” (sublinhei)

“Art. 130. [...] § 1º Será punido com suspensão de até 15 (quinze) dias o servidor que, injustificadamente, recusar-se a ser submetido à inspeção médica determinada pela autoridade competente, cessando os efeitos da penalidade uma vez cumprida a determinação.” (sublinhei)

As proibições dos incisos III, IV e XIX, bem como do artigo 130, § 1º, portam os atos de “recusar” e “opor”, que se manifestam por ações ou omissões e denotam a inequívoca consciência e deliberação do agente, configurando o dolo da conduta. A culpa resta excluída, porque não se vislumbra a possibilidade de resistir a algo por negligência, imprudência ou imperícia do sujeito. Considerando que as infrações têm satisfeita a consumação pelo comportamento do infrator, os voluntaristas dessumem a voluntariedade da natureza dos ilícitos, porém importa registrar o dissenso da tese, visto que os verbos comportam transitividade, isto é, dirigem-se a objeto certo: “fé a

documentos públicos, ao andamento de processo, à inspeção médica”. Desse modo, é evidente a atuação finalística do servidor, o que só ocorre com intenção de agir.

O artigo 117 elenca proibições com o fim de prevenir situações que induzam a conflitos de interesses, colocando em perigo a impessoalidade e a moralidade, no seio da Administração. Em tese, prestam-se as vedações a coibir atos considerados incompatíveis com os citados princípios constitucionais explícitos do artigo 37. Trata-se dos incisos V, VIII e X do artigo 117.

“Art. 117. Ao servidor é proibido: [...] V – promover manifestação de apreço ou despreço no recinto da repartição; [...] VIII – manter sob sua chefia imediata, em cargo ou função de confiança, cônjuge, companheiro ou parente até o segundo grau civil; [...] X – participar de gerência ou administração de sociedade privada, personificada ou não personificada, exercer o comércio, exceto na qualidade de acionista, cotista ou comanditário [...]” (sublinhei)

Os incisos V e X apresentam verbos que denotam conduta ativa do infrator. “Promover” significa fazer avançar a manifestação de apreço ou despreço, dar-lhe impulso ou trabalhar a favor dela. Por sua vez, “participar” remete a tomar parte com relação à gerência ou administração de sociedade privada, bem como “exercer” dá a ideia de pôr em prática o comércio. Em que pese à voz contrária de Dezan, quando alega a possibilidade de omissão na figura do inciso V, aferem-se da interpretação do núcleo do enquadramento só sentidos que indicam comportamentos positivos do agente. Quanto ao inciso VIII, “manter”, em virtude das noções de conservar, sustentar, fazer permanecer em determinada situação, concilia-se com ações ou omissões sem empecilho.

Todas as espécies admitem o dolo na composição da conduta. Dezan, com respeito ao inciso VIII, acata as possibilidades de imprudência ou negligência, pois o ilícito sugere uma falta disciplinar baseada na condescendência do servidor com a situação que se torna irregular com a superveniência da nomeação à chefia sobre o seu parente, procrastinando-se o saneamento do fato indefinidamente. A hipótese é plausível conforme o contexto, razão por que merece o registro. No relativo aos incisos V e X, mormente, descabe em absoluto supor pura voluntariedade das ações, porque se vinculam a finalidades especiais, e.g., de manifestar a estima ou repulsa

com relação a outrem, assim como de administrar um empreendimento comercial. É inseparável o propósito a que se dedica o infrator dos atos concretos que ele realiza.

“Art. 116. São deveres do servidor: [...] VIII – guardar sigilo sobre assunto da repartição; [...] Art. 132. A demissão será aplicada nos seguintes casos: [...] IX – revelação de segredo do qual se apropriou em razão do cargo [...]” (sublinhei)

O dever funcional do artigo 116, VIII, e a infração do artigo 132, IX, do Estatuto resguardam o sigilo referente aos fatos sucedidos na repartição pública. Os doutrinadores tratam das espécies, ventilando uma relação de subsidiariedade daquela diante desta, em virtude da gradação de restringência de acesso à informação que se divulga, o que influi na gravidade do ato. Para isso, Dezan elabora um *discrímen* para sistematizar a identificação da irregularidade em apuração.

“Dentro dessas normas especiais constam as necessidades de tutela e sigilo para os assuntos da repartição, que somente, a par do particular diretamente afetado pelo ato ou fato (interesse jurídico), ao Estado e aos seus servidores momentaneamente interessam. Esse sigilo, por vezes, faz surgir (i) os *assuntos referentes ao dever de discricção*, sigilosos em sentido lato, cuja revelação perfaz o tipo previsto no art. 116, VIII, da Lei 8.112/90, e, por vezes, (ii) os *assuntos reservados, sensíveis*, considerados sob regime de segredo e entendidos como sigilosos em sentido estrito, cuja revelação, de maior dano e gravidade, atrai a incidência do art. 132, IX, da Lei 8.112/90. Esses últimos perfazem os de natureza *ultrassecreta, secreta, confidencial, sigilosa, reservada* ou de *conhecimento restrito*, e somente devem circular entre os seus destinatários ou pessoas de determinados setores, serviços, ou grupos específicos. São, em razão da matéria tratada, considerados *segredos* e devem ser guardados, por meio de procedimentos especiais de tramitação, pelos agentes públicos que deles tenham conhecimento.”⁸⁴ (itálicos originais)

Em suma, as informações com sigilo em sentido amplo são objeto de tutela do dever do artigo 116, VIII, ao passo que, pairando sobre elas, o sigilo em sentido estrito, mediante classificação legal, integra a órbita de proteção do artigo 132, IX, da Lei nº 8.112/90. Não obstante, com a promulgação da Lei nº 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação), o legislador positivou novas hipóteses de infração disciplinar, entre as quais cumpre reproduzir a seguinte:

“Art. 32. Constituem condutas ilícitas que ensejam responsabilidade do agente público ou militar: [...] IV – divulgar ou permitir a divulga-

⁸⁴ DEZAN, op. cit., p. 299.

ção ou acessar ou permitir acesso indevido à informação sigilosa ou informação pessoal [...].” (sublinhei).

Com bem nota Dezan em sua obra, o tipo do artigo 32, IV, da Lei de Acesso à Informação amplia o núcleo da figura do artigo 132, IX, do Estatuto, já que aquela inclui “permitir” a divulgação ou acesso e “acessar” indevidamente o material coberto pela proteção legal, além de “divulgar”, que significa tornar público ou difundir, a informação, cujo significado é idêntico ao de “revelar”, constante da Lei nº 8.112/90.

“[...] Importante reparar que o tipo trazido pelo inciso IV da lei nova conflita com a tipificação contida no art. 132, IX, da Lei 8.112/90, contendo e ampliando os mesmos *elementos e circunstâncias do tipo*, porém possibilitando, na nova lei, o apenamento não somente com *demissão*, mas também com *suspensão*, considerando-se a gravidade do caso concreto à luz do art. 128 da Lei 8.112/90. Desta feita, inova o diploma especial para possibilitar, nos casos de *revelação de segredos*, a dosimetria no Estatuto Geral Federal, com a gradação entre suspensão e demissão.”⁸⁵ (itálicos originais)

No escólio do artigo 2º, § 1º, do Decreto-Lei nº 4.657/42 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), “[A] lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou **quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior**”. Evidente que o artigo 32, IV, da Lei nº 12.527/2011 regulamentou e ampliou a disciplina do artigo 132, IX, além de outros, da Lei nº 8.112/90, o que configura revogação tácita do dispositivo estatutário.

A doutrina arremata às faltas funcionais dos artigos 116, VIII, e 132, IX, da lei geral do servidor público a possibilidade de cometimento por ação ou omissão do agente. O verbo “guardar” significa apenas proteger, esconder, o que pode ser infringido ativa ou passivamente pelo responsável. Quanto aos núcleos das condutas do artigo 132, IX, e, inclusive, do artigo 32, IV, que o revogou, é admissível uma plêiade de comportamentos positivos e negativos adequados ao preenchimento das hipóteses de incidência da norma punitiva vigente.

Quanto aos requisitos subjetivos, a doutrina elege a culpa ampla para o tipo do artigo 116, VIII, enquanto reserva o dolo para a figura do artigo 132, IX, do Estatuto, ora suplantado com a vigência do artigo 32, IV, da Lei de Acesso à Informação. Os núcleos verbais da redação do novel diploma (divulgar, acessar e permitir) não

⁸⁵ Ibidem, p. 299.

empeçam o entendimento de que se aplica a culpa *lato sensu* também a ele, porém há renitência doutrinária nesse sentido. Prefere-se por enquanto assumir apenas o ato intencional para a configuração da espécie. No tocante à voluntariedade, afigura-se a tese incompatível com as disposições da Lei nº 12.527/2011, que estabelece na cabeça do artigo 34: “Os órgãos e entidades públicas respondem diretamente pelos danos causados em decorrência da divulgação não autorizada ou utilização indevida de informações sigilosas ou informações pessoais, cabendo a apuração de responsabilidade funcional nos casos de dolo ou culpa, assegurado o respectivo direito de regresso”. Dessa forma, o exposto comando do dispositivo legal homenageia a culpabilidade nas infrações de que trata no Capítulo V (Das responsabilidades), afastando punições administrativas com base em atos voluntários simples.

“Art. 117. Ao servidor é proibido: [...] XV – proceder de forma desidiosa [...]” (sublinhei)

Por fim, a proibição do artigo 117, XV, da Lei nº 8.112/90 repulsa a desídia do agente público com o fim de prestigiar o princípio da eficiência informado no seio do artigo 37 da Constituição Federal. É um enquadramento bastante genérico, que requer a complementação doutrinária, a fim de assegurar a tipicidade do preceito.

Os doutrinadores identificam a espécie com os atributos da indolência, preguiça, desleixo, indiferença, o que diz respeito precipuamente ao modo de fazer algo do que ao resultado dele decorrente. Admitem-se tanto ações ou omissões para que se concretize a figura em pauta. Exemplificam-se a baixa quantidade ou qualidade do trabalho e os eventuais prejuízos como elementos para denotar o procedimento desidioso do infrator. Alguns aconselham a evidência de habitualidade da conduta. Grassa discórdia, contudo, quanto ao ânimo do sujeito, porque há quem sustente a possibilidade apenas de dolo; outros, a culpa ampla. Existe, enfim, a defesa da mera voluntariedade.

Por causa do elevado teor abstrato do tipo, ele é muitas vezes aplicado nas ocasiões em que se constata fatos graves que não se amoldam a enquadramentos específicos. Cuida-se de uma espécie que reprova o modo de trabalhar do sujeito, o que reclama a existência de parâmetros prévios de comparação para julgar a adequação dos produtos apresentados pelo servidor no contexto onde se insere. Pode-

se afirmar, em tese, que qualquer das correntes é aplicável se considerada apenas a interpretação literal do preceito legal em função da elasticidade conceitual incapaz de individuar o elemento volitivo específico.

2.3 – Considerações finais

Os enquadramentos examinados permitem extrair algumas lições do regime jurídico da Lei nº 8.112/90. Em primeiro lugar, a disciplina da matéria ressenete-se da escassa sistematização. Predominam disposições abertas na legislação, o que é um incentivo ao casuísmo, instilando insegurança jurídica nas apurações conduzidas no âmbito das repartições públicas. Em segundo, o silêncio do legislador sobre o ânimo do infrator requer a análise das hipóteses tipificadas no diploma, de cuja redação se deduz o elemento subjetivo da conduta, quando possível, o que não obsta à erupção de polêmicas na esteira das imprecisões terminológicas constantes do texto. Afinal é decisiva a formação acadêmica do intérprete para identificação do requisito volitivo a depender do acolhimento de teorias do direito civil ou penal a fim de conformá-las ao domínio do direito administrativo sancionador. Por ora, vige o sincretismo teórico em relação ao assunto, o que também fomenta decisões conflitantes no seio do Poder Judiciário, da Administração e dos Tribunais de Contas. Por último, cumpre registrar que a orientação de Régis Fernandes de Oliveira sobre o vínculo dos componentes objetivos e subjetivos da conduta tem fundamento. No escopo do trabalho, é patente que boa parte das faltas disciplinares que configuram atos comissivos subentende o dolo do agente, enquanto as transgressões omissivas aceitam intenção, negligência, imprudência ou imperícia do responsável. A regra não é, contudo, inflexível. Existem irregularidades que se perfazem mediante ações culposas *stricto sensu*, a exemplo do enquadramento do artigo 117, XV, do Estatuto (desídia), em que alguém realiza um comportamento positivo com imperícia.

Respeitante à corrente voluntarista, mencionada com frequência ao longo da monografia, vale considerar as observações de Eduardo Sens dos Santos, que, em comentário ao direito penal das contravenções, aduz:

“Quanto à teoria finalista da ação [...] é certo que, embora sua adoção no Código Penal não tenha levado também à reforma da Lei de Contravenções Penais e tampouco ao sequer codificado sistema das infrações administrativas, inegavelmente interferiu profundamente na

interpretação dessas áreas. A dispensa de dolo ou culpa nas contravenções decorreria da adoção da teoria clássica (da culpabilidade psicológica ou psicológico-normativa), em que o dolo e a culpa eram formas de culpabilidade. Como para a configuração do injusto bastava a *causação física* de um resultado danoso, adotou a Lei de Contravenções a voluntariedade como requisito bastante à configuração das contravenções, tomando o dolo e a culpa como medida da culpabilidade. Hoje, como se sabe, dolo e culpa fazem parte do tipo.”⁸⁶ (itálicos originais).

Os voluntaristas inspiram-se no modelo das contravenções penais para eleger a voluntariedade à condição de requisito subjetivo mínimo das infrações administrativas. Mesmo Daniel Ferreira, que elabora uma teoria geral com estreita afinidade com o Código Penal, utiliza-se da lei das contravenções para sustentar a desnecessidade de dolo ou culpa estrita na estrutura das transgressões do direito sancionador da Administração Pública. Na verdade, a distinção que o doutrinador faz do dolo em relação à voluntariedade dá margem a intelecções problemáticas, pois diz:

“[...] Conduta culposa pressupõe *voluntariedade inaugural* (para existir um ‘querer ativo’) e *especializada* (no direcionamento da conduta por conta da negligência – ou seja, a falta de dever de cuidado). [...] Afinal o comportamento doloso pode ser entendido a partir dos mesmos elementos, apenas que a *voluntariedade* (dantes inaugural) passa da conseguinte (especializada = culpa) até atingir a especializadíssima, porquanto o ‘querer ativo’ dirige-se *deliberadamente* ao fim reprovável, e não mais por simples descuido.”⁸⁷ (itálicos originais).

O entendimento de Ferreira enxerga o dolo como a concepção civil de que abarca a compreensão da ilicitude da conduta? Dificilmente, porque ele trata na obra das causas justificadoras da culpabilidade, como a potencial consciência da ilicitude. Ele coincide com a definição penal de dolo direto específico? Talvez, mas não se crê aqui ser o caso tampouco. O doutrinador tenta afastar a ideia de responsabilização objetiva dos agentes processados a título de mera voluntariedade mediante a indicação das excludentes e justificantes dos atos tipificados na norma punitiva. Forçoso é assumir que a teoria esposada na obra não se desvencilha da concepção clássica da lei de contravenções de causação física, ainda que atribua contornos de finalismo quando do exame da antijuricidade e reprovabilidade do comportamento do infrator.

⁸⁶ SANTOS, op. cit., p. 4250.

⁸⁷ FERREIRA, op. cit., p. 277.

Muitas das infrações de mera conduta examinadas não permitem a tese de atuação do sujeito ativo com a simples voluntariedade. Por um lado, algumas delas enunciam valores tutelados que concernem ao próprio ânimo do agente, como nos incisos I e II do artigo 116, que tutelam o zelo, a dedicação e a lealdade do servidor. Para desobedecer aos deveres colacionados, ele deve ser desleal, descuidado ou desinteressado, o que consiste em características psicológicas, ainda quando manifestadas por meio de atos materiais no exercício das atribuições públicas. Por outro, há tipos que preveem no texto ações ou omissões que requerem determinado requisito subjetivo pela imposição do núcleo objetivo da conduta, *e.g.*, como os preceitos do artigo 117, IV, V e XIX, os quais exigem “opor” resistência injustificada, “promover” manifestação de apreço ou “recusar-se” a atualizar dados cadastrais. Descabe a alegação de um agir apenas voluntário, porque o procedimento dirige-se a um fim, objeto, propósito identificado na norma legal. É bem verdade que as transgressões materiais e formais tendem a apresentar o elemento finalístico da conduta com mais frequência, porém não é exclusividade delas.

A delineação de infrações de mera conduta voluntária necessita de que o tipo limite-se à descrição dos atos materiais inquinados sem a referência a valores pertinentes ao comportamento do sujeito ativo, tampouco a finalidades que impilam a ação ou a omissão, como o artigo 116, X, que atribui ao agente público o dever de “ser assíduo e pontual ao serviço”, cujo descumprimento em tese se pode consumir por dolo, culpa estrita ou pura voluntariedade. Caso contrário, não resta alternativa à assunção da culpabilidade para configuração da transgressão disciplinar.

No artigo 124 da Lei nº 8.112/90, o legislador omitiu os vocábulos “dolo ou culpa” na definição da responsabilidade civil administrativa. Entende-se aqui que não se trata de defeito redacional ou escolha de suprimi-los das condutas irregulares. A melhor doutrina aponta para a opção de reservar aos próprios enquadramentos a definição do elemento anímico cabível na espécie. Ao invés do direito civil e penal, evitou-se positivar uma ou outra modalidade como regra geral, conferindo ao intérprete a tarefa de desvendar a leitura mais adequada das disposições normativas em consonância com os princípios constitucionais materiais e processuais.

CONCLUSÃO

O presente trabalho apresentou breves apontamentos sobre a cizânia doutrinária sobre o elemento subjetivo das infrações disciplinares da Lei nº 8.112/90. A princípio, discorreu-se sobre as correntes que tratam da matéria, as quais se digladiam sobre a necessidade de demonstração de culpa em sentido amplo, para subsunção das condutas aos tipos administrativos sancionadores.

De um lado, constam doutrinadores, como Heraldo Garcia Vitta, Régis Fernandes de Oliveira, Fábio Medina Osório e outros, que perfilham a defesa da tese de que a Constituição Federal vigente, por meio dos princípios da dignidade da pessoa humana e da presunção de inocência do acusado, impõe ao Estado a incumbência de comprovar a culpa estrita ou o dolo do sujeito infrator com o intuito de legitimar e racionalizar a cominação da sanção administrativa.

De outro, alinham-se os teóricos, a exemplo de Celso Antônio Bandeira de Mello, Daniel Ferreira e José Armando da Costa, que catapultam a voluntariedade ao patamar de condição mínima para satisfação do requisito subjetivo das infrações administrativas. Nesse sentido, eles reputam voluntário o ato que é praticado com a consciência e a vontade amparadas pela possibilidade de prévia ciência e eleição do comportamento que ilide a transgressão da norma jurídica.

Resta evidente que a principal razão da discórdia doutrinária reside no fato de que o direito administrativo, carente de qualquer codificação, não adota expressamente nenhum modelo teórico para orientar a aplicação das normas punitivas que integram o regime sancionador, especialmente, de feitio disciplinar. Alguns acolhem conceitos procedentes da responsabilidade civil; outros, de crimes e contravenções. A situação tem o condão de combalir a segurança jurídica dos acusados, que se veem às voltas com apurações sem clareza dos elementos que compõem a acusação, ao arrepio do devido processo legal substantivo protegido pelo artigo 5º, LIV, da lei magna.

Considerando o escopo desta monografia, incursionou-se entre as disposições do Título IV da Lei nº 8.112/90 para analisar os enquadramentos disciplinares.

Com base na classificação penal quanto ao resultado natural e jurídico das faltas, os tipos foram discriminados, tendo em vista as considerações doutrinárias acerca dos requisitos subjetivos de infrações materiais, formais, de mera conduta, de dano ou de perigo (concreto e abstrato).

Não se vislumbram regras gerais que imponham a voluntariedade a este ou àquele grupo de infração como componente bastante à respectiva configuração. É comum que os enquadramentos prevendo atos comissivos impliquem ações dolosas do servidor, porém isso não é inexorável. Existem exemplos que acusam o contrário. O único balizamento que se mostrou seguro consiste na orientação de que o requisito anímico da transgressão disciplinar merece ser perscrutado na redação do próprio tipo em exame.

Vige, portanto, uma metodologia essencialmente casuística na identificação do ânimo do sujeito ativo da violação disciplinar. Na ausência de um modelo de ação delitiva para o direito administrativo disciplinar, o texto legal é a fonte de informação mais objetiva e confiável para desempenhar a tarefa de delimitar a infração.

Considerando que os doutrinadores ambicionam a construção de proposições que sirvam à análise de qualquer espécie de ilícito administrativo, entendeu-se conveniente afastar as ideias que não se coadunassem com o propósito de investigar apenas as violações do regime disciplinar dos servidores públicos federais. Com respeito ao exercício do *jus puniendi* do Estado em desfavor de administrados ou de pessoas jurídicas, trata-se de controvérsias que desbordam desta monografia. Nada obstante, procedeu-se ao estudo de hipóteses de extraídas de contextos diferentes, mas inseridos na pesquisa de infrações disciplinares, como a inversão do ônus da prova em benefício do Poder Público.

A defesa da pura voluntariedade e da inversão do ônus probatório encontra terreno fértil nas infrações de mera conduta, porque elas representam espécies de perigo abstrato ao ordenamento jurídico. Facilitam a atividade de acusação, já que é dispensada a demonstração da culpa do infrator, seja porque é desnecessária, seja porque resta presumida desde o início do litígio. As propostas arvoram-se na concepção de risco de dano, o que, na responsabilidade civil, deu justificativa ao desen-

volvimento da responsabilização objetiva presente em vários compêndios legais que cuidam da matéria. Nesse sentido, Daniel Ferreira admoesta que a negação de violações administrativas com base na singela voluntariedade do agente fere de morte grande parte das previsões do Código Tributário Nacional ou do Código de Trânsito Brasileiro, pois “[...] *seria o caos numa sociedade de riscos* [...]”.⁸⁸ Para o estudo do regime disciplinar dos servidores públicos federais, a argumentação não se afigura bem colocada.

Em primeiro lugar, a sociedade de riscos traduz a observação de que as relações jurídicas civis hodiernas têm coloração coletiva, i.e., ocorrem em massa, dado o fato de que o sistema econômico compõe-se de diversos agentes na cadeia produtiva e de infindável contingente de consumidores. Os danos acontecem de maneira dispersa sem possibilidade de identificação do causador por parte da vítima nem de estimação da lesão difusa pela coletividade. Nada disso se constata na relação do Estado com o seu corpo funcional, porque os atos irregulares perpetrados por servidores têm autoria e materialidade bem determináveis, ainda que esta seja vultosa ou que aquela proceda de atuação de grupos organizados. Cabe à Administração aparelhar-se para apurar os fatos que sucedem nas suas dependências.

Em segundo lugar, a inversão do ônus probatório em desfavor do acusado não pode prosperar por força do princípio do artigo 5º, LVII, da Constituição Federal, porquanto o subverte na medida em que presume a culpa do servidor *ab initio litis*. Impende reconhecer que o Estado tem o encargo de comprovar a acusação que ele alega a fim de justificar a cominação de qualquer penalidade do rol do artigo 127 do Estatuto do funcionalismo público.

Admite-se que as teses podem ter aplicação sem empeco noutros domínios do direito administrativo. Registre-se que as considerações aqui consignadas têm em vista só o escopo da monografia: os enquadramentos administrativos do regime jurídico disciplinar dos servidores públicos da União no âmbito da Lei nº 8.112/90.

⁸⁸ FERREIRA, op. cit., p. 273.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALENCAR FILHO, Antônio Carlos de. *Manual de Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância*. Belo Horizonte: Fórum Editora, 2011.

BRASIL. Presidência da República. Controladoria-Geral da União. *Manual para treinamento em processo administrativo disciplinar (PAD) – formação de membros de comissões*. Julho, 2011.

BITTENCOURT, César Roberto. *Tratado de Direito Penal*. São Paulo: Editora Saraiva, 2003, v. 1 – Parte Geral.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 24ª edição, 2011.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Editora Atlas S.A., 10ª edição, 2012.

COSTA, José Armando da. *Direito Administrativo Disciplinar*. São Paulo: Editora Método, 2ª edição, 2009.

DEZAN, Sandro Lucio. *Ilícito Administrativo Disciplinar em Espécie: comentários às infrações previstas na Lei 8.112/90*. Curitiba: Juruá Editora, 2ª edição, 2014.

FERREIRA, Daniel. *Teoria Geral da Infração Administrativa a partir da Constituição Federal de 1988*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.

GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil*. Vol. III. São Paulo: Editora Saraiva, 8ª edição, 2010.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*. Vol. I. Niterói: Editora Impetus, 13ª edição, 2011.

_____. *Curso de Direito Penal – Parte Especial*. Vol. II. Niterói: Editora Impetus, 13ª edição, 2011.

GROTTI, Dinorá Adelaide Mussetti. *O serviço público e a Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003.

HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1958, v. 1, tomos I e II.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Lei das Contravenções Penais: Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941*. São Paulo: Editora Saraiva, 12ª edição, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. São Paulo: Dialética Editora, 14ª edição, 2010.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *Tratado de Direito Administrativo Disciplinar*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2ª edição, 2010.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 20ª edição, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Editora Malheiros, 30ª edição, 2013.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo na Constituição Federal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 10ª edição, 2010.

NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. Atual. Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. São Paulo: Editora Saraiva, 32ª edição, 1997, Vol. 1.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal: Parte Geral; Parte Especial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 6ª edição, 2010.

_____. *Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Infrações e Sanções Administrativas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 3ª edição, 2009.

_____. *Teoria da Improbidade Administrativa: má gestão pública, corrupção, ineficiência*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2ª edição, 2010.

PRADO, Luiz Régis (Coord.) et al. O ilícito administrativo e o *jus puniendi* geral. *Direito Penal Contemporâneo: estudos em homenagem ao professor José Cerezo Mir*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, pp. 93-100.

RIGOLIN, Ivan Barbosa. *Comentários ao Regime Único dos Servidores Públicos Cíveis*. São Paulo: Editora Saraiva, 7ª edição, 2012.

SANTOS, Eduardo Sens dos et al. Tipicidade, Antijuridicidade e Culpabilidade nas Infrações Administrativas. *Fórum Administrativo – Direito Público – FA*, Belo Horizonte, ano 4, n. 42, pp. 4240-4257, ago. 2004.

SILVA, Marco Aurélio Souza da et al. A estratificação da infração administrativa – Uma teoria geral ainda em construção na doutrina e na jurisprudência. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 14, n. 160, pp. 33-52, jun. 2014.

VITTA, Heraldo Garcia. *A Sanção no Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.